ENCUADERNACION
"GARCIA"
12 Avenida 10-26, Z. 1
Teléfono 530883

BIBLIOTECA
LUDWIG VON MISES
UFM GUATEMALA

Digitized by the Internet Archive
in 2012 with funding from
Universidad Francisco Marroquín

http://archive.org/details/revistadelafacu01univgua

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD FRANCISCO MARROQUIN

AÑO I – No. 1

Fotografía Igal Permuth

CONSEJO DE LA FACULTAD DE DERECHO

Decano:
Lic. Eduardo Mayora Alvarado.

Secretario:
Lic. Gerardo Prado-Ayau.

Representante de los catedráticos:
Lic. Milton Argueta Pinto.

Representante de los estudiantes:
Carlos Ovalle Leranoz.

DIRECTORIO DE LA REVISTA

DIRECTOR GENERAL:
Alvaro Martínez Vassaux.

AREA DE EDICION:

Directora:
Carmina Valdizán.

Redacción:
German Fernández.
Isabel Prieto.

AREA COMERCIAL:

Director:
Rodolfo Salazar

Suscripciones:
Marisol Campollo.

Promoción:
Valentín Solórzano Campos.

Artículos:
Claudia Murga.

FOTOGRAFIA:
Igal Permuth.

COLABORADORES:
Patricia Ordóñez.
Raúl Marroquín.

Portada:
Sala de vistas
Corte Suprema de Justicia
Ciudad de Guatemala
Fotografía de Igal Permuth.

CONTENIDO

Editorial	1
El Estado de derecho y la ley	2
Ponencia del Lic. Humberto Grazioso B.	11
Proceso penal y desarrollo institucional: La justicia penal a la puertas del siglo XXI	17
El tratamiento procesal de las víctimas y perjudicados por el delito	25
"Soledad . . . Fatal"	26

Cómo le vaya a un país depende de su Régimen de Derecho más que de muchos otros factores tales, como por ejemplo, de su dotación de recursos naturales. Un país puede lograr prosperidad con muy pocos de esos recursos pero no sin un Régimen de Derecho. Basta ver Suiza, Holanda o Hong Kong para comprobar lo anterior. En cambio, otros países generosamente dotados no han logrado salir adelante.

No me refiero a un régimen de legalidad. Todo se puede legalizar y, en efecto, muchas bárbaras violaciones al Derecho forman parte de la legislación. Esta diferenciación entre régimen de legalidad y Régimen de Derecho es un paso importante en el inicio del estudio de la profesión de Abogado. Hace algunos años me llamó la atención que en la Universidad Autónoma de México, la facultad se llama Facultad de Leyes, y me parece que ello describe mejor su función que llamarla de Derecho. Aquí en la Marroquín aspiramos a que la facultad merezca el nombre que tiene.

Lo anterior viene a mi mente porque hoy día mucha gente en todo el mundo pregunta cómo se organiza una "economía de mercado", cómo se pasa de una economía de comandos, tipo socialista, a una economía "libre", "abierta", "capitalista", o como se le quiera llamar; se ha generalizado el reconocimiento de que solamente así es posible vencer los retos del desarrollo y lograr prosperidad para todos.

La pregunta misma, de cómo se organiza una economía de mercado, es evidencia de que no se comprende que el orden del mercado no es diseñado, sino el espontáneo resultado del actuar de la gente bajo un régimen que respeta la vida, la propiedad, y las relaciones contractuales; es decir, la libertad de los individuos.

Pero la historia demuestra que no es fácil saber en qué consiste un Régimen de Derecho, a pesar de que es parte de la naturaleza humana aceptar como fundamento de las normas de conducta social la milenaria Regla de Oro: No hagas a otro lo que no quieres que te hagan a ti. El problema de definir el derecho es complejo, pues implica establecer los límites a los actos de los hombres, de cuyos límites depende la máxima libertad y protección de derechos individuales ante la sociedad.

Un régimen "de mercado", o "Sociedad Libre" no es un "modelo", en el sentido que sí lo son los demás sistemas propuestos a lo largo de la historia. La Ciencia Económica nos explica cómo es que sí funciona el mercado, y como sí funciona sin necesidad de que lo comprendamos, de manera que podríamos prescindir de ese conocimiento en cuanto a su funcionamiento se refiere. Lo que sí tenemos que aspirar a comprender es en qué consiste el Régimen de Derecho y la organización política consecuente, que logra hacer respetar la vida, la propiedad y los contratos: es decir la libertad del hombre, pero no en un sentido vago, abstracto, general, retórico, sino la libertad concreta y específica del hombre como ser individual, dentro de los límites que la vida en sociedad requiere de todos por igual.

Este es el reto académico de todos quienes integran la Facultad de Derecho, de manera que felicito a los estudiantes que organizan y producen esta revista en la fe de que será una contribución importante a nuestros esfuerzos para lograr la anhelada prosperidad pacífica de nuestra patria.

Manuel F. Ayau

EL ESTADO DE DERECHO Y LA LEY

1. Introducción

La experiencia ha demostrado que, al volverse al proceso democrático después de una relativa larga interrupción del mismo y se convoca inmediatamente a una convención constituyente, las fuerzas y pasiones políticas producen una amalgama tal, que suele resultar en textos constitucionales carentes de orientación definida y, muchas veces, inconsistentes dentro de su propio articulado.[1] Por otra parte, como hoy en día se sigue creyendo (aunque cada vez en menor grado, por fortuna) que es posible crear la fisonomía de la sociedad a través de los textos constitucionales; es decir, que mediante el texto constitucional es posible propiciar un estado de cosas considerado "justo" (de allí la conocida frase de "justicia social"), entonces los múltiples grupos de interés hacen rápida aparición en escena para conseguir que "su pedacito" quede a salvo, ejerciendo toda la presión de que son capaces para ello.[2]

Sin embargo, es necesario admitir que, a pesar de las limitaciones expresadas arriba, la generalidad de los protagonistas de un proceso constituyente suele actuar movida por la buena voluntad y por nobles aspiraciones. Poner en tela de juicio que a los constituyentes interesa la instauración de un Estado de Derecho sería injusto; lo que probablemente no sería injusto es poner en tela de juicio que todos, o al menos una mayoría suficiente, conocen a fondo y coinciden en lo que se requiere para lograr tal propósito. Muchos consideran que el primer obstáculo para la instauración de un Estado de Derecho consiste en que existen importantes diferencias ideológicas que generan la necesidad de negociación, para poder llegar a lo que James M. Buchanan y Gordon Tullock han llamado el **"contract locus"**; es decir, aquella área de entendimiento dentro de la cual puede surgir el acuerdo que seguramente obligará al surgimiento de concesiones recíprocas.[3] Como intentaremos demostrar adelante, el principal problema no es precisamente este último, sino tal vez creer que la vigencia de un Estado de Derecho depende de cuestiones ideológicas. En otras palabras, en nuestra opinión el problema de raíz consiste en considerar que el Estado de Derecho es un concepto sustantivo o material, y o adjetivo o procesal.

2. Algunos elementos positivos, pero insuficientes

Es casi automático que hoy en día se asocie la vigencia del Estado de Derecho con el reconocimiento y defensa de los "Derechos Humanos", que es sin duda uno de los conceptos más vagos actualmente,[4] como bien lo señala el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, al sugerir que: **"Cabría meditar si ese deterioro (de los Derechos Humanos) alcanza el grado que se le atribuye o si lo que sucede es que se**

1 La Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 es un ejemplo elocuente de lo dicho arriba. Las negociaciones políticas de los diversos grupos dieron como resultado, por ejemplo que, por una parte, el artículo 118 impone al Estado la obligación de orientar la economía nacional para lograr la utilización de los recursos naturales y potencial humano, para incrementar la riqueza y tratar de lograr el pleno empleo y la equitativa distribución del ingreso nacional; y por otra parte, el artículo 130 establece que el Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores. Obviamente, lo dispuesto por ambos artículos es mutuamente incompatible porque, o se establece una economía dirigista (arto. 118), o se protege el funcionamiento de una economía de libre mercado (arto. 130), pero no una y otra a la vez.

2 El reciente proceso constituyente guatemalteco es también ilustrativo al respecto: el grupo de los periodistas y reporteros fue capaz de ejercer tal presión sobre los constituyentes que lograron que quedara plasmado en el artículo 35 (que pertenece al Capítulo de los Derechos Individuales) que "los propietarios de los medios de comunicación social deberán proporcionar cobertura socioeconómica a sus reporteros, a través de la contratación de seguros de vida."

3 THE CALCULUS OF CONSENT, Ann Arbor Paperbacks, The University of Michigan Press, 1987; pp. 100 y sigs.

4 Como es del conocimiento público, el Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala declaró recientemente que el incremento de las tarifas por el suministro de energía eléctrica constituye una violación a los Derechos Humanos. Cabe preguntarse entonces si con ello se ha sumado a los existentes catálogos el derecho humano consistente en tener derecho a una tarifa eléctrica inalterable.

"Cuando más corrupto es el estado, tanto más numerosas son sus leyes"

Tácito

"La ley no genera justicia. La ley no es más que una declaración y la aplicación de lo que ya es justo".

P. J. Proudhon

han confundido los conceptos y que a lo que no es sino delincuencia común, se le quiera dar el significado de violación de los Derechos Humanos. Confundir lo que es delito y como tal está sancionado por el Código Penal, con una violación de los Derechos Humanos por parte de los delincuentes, es sacar el tema de sus naturales dimensiones y llevarlo a un terreno en que nos podemos quedar en el simple manejo demagógico de palabras que, consecuentemente, se vacían de contenido y terminan por defraudar a quienes claman por los Derechos Humanos y los defienden."[5]

Otro elemento al que, con alguna frecuencia, se pretende reducir el concepto del Estado de Derecho es lo que podría llamarse "régimen de legalidad", esto es, aquella circunstancia en la que todo se hace conforme a la "ley" sin importar lo que la "ley" establezca. Esto no sólo es una equivocación consistente en limitar los alcances de una institución a las fronteras de uno solo de sus elementos, sino que conduce a penosos resultados.[6]

Para lograr la instauración de un verdadero Estado de Derecho, pensamos que no lo es todo el incluir un catálogo pormenorizado y extenso de Derechos Humanos, que en efecto figuran en la gran mayoría de constituciones políticas contemporáneas, sin que tal cosa garantice efectivamente su respeto y vigencia.[7]

En lugar de ceñirse a este modo acostumbrado pero insuficiente para la defensa de la libertad individual creemos conveniente recurrir también a otros mecanismos que han sido ya previa y extensamente tratados por juristas de la talla de Friedrich Hayek,[8] y Bruno Leoni[9] —entre otros— cuyos aportes han servido para comprender las limitaciones de la teoría constitucional prevaleciente.

3 La arbitrariedad y la ley

Tradicionalmente se ha considerado que la libertad individual queda protegida en lo que comúnmente se denomina la parte dogmática de la constitución, mientras que en la parte orgánica se contiene la estructura de los diversos poderes del estado.[10] Ocurre, no obstante, que los derechos individuales contenidos en la parte dogmática de la Constitución no pueden ser formulados de manera absoluta debido a que el ejercicio de la libertad humana precisamente exige someterse a ciertas limitaciones sin cuya concurrencia no podría hablarse seriamente de Libertad. Así, por ejemplo, la libertad de disponer de los bienes propios está sujeta a que con ello no se dañe a terceros y que se cumpla con ciertas formalidades que las leyes generales establecen para que los contratos respectivos puedan considerarse válidos; algo parecido ocurre con el ejercicio de la libre emisión del pensamiento que no autoriza a que quien lo emita incurra en la injuria o en la difamación de terceras personas. En fin, los derechos individuales se formulan siempre sujetos a excepciones a ser expresadas y contenidas en lo que comúnmente se llama "la ley".[11]

Juan Bautista Alberdi, el padre de la Constitución Argentina, lo decía de esta forma: **"Ni la constitución argentina ni ninguna otra habría sido capaz de evitar este escollo, concediendo la libertad sin sujeción ni referencia a la ley ... ninguna constitución se realiza por sus propias disposiciones y sin el auxilio de la ley reglamentaria u orgánica de los medios de ejecución. Si una constitución se bastase a sí misma, no habría necesidad de otra ley que ella y toda la legislación civil y penal carecería de objeto ..."** [12]

Puede decirse entonces que, en gran medida, la vigencia real de los derechos individuales plasmados en cualquier constitución política, depende de aquello que

---

5 Vásquez Martínez, Edmundo. Algunas reflexiones útiles. Cuaderno de Estudios Económicos y Sociales, "El Estado de Derecho y los Derechos Humanos"; CEES, junio 1990.

6 Nunca olvidaré una de las aberraciones más grandes que en este contexto he conocido y consiste en que el Congreso de la República promulgó una ley con el objeto de exonerar a los estudiantes de la Universidad de San Carlos (la única estatal) de los impuestos sobre el licor y la cerveza que habrían de consumir en el bastante vulgar desfile bufo que se denomina "Huelga de Dolores".

7 Conviene mencionar que, con motivo de la adopción de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América, surgió un fuerte debate sobre la conveniencia o no de incluir un "Bill of Rights" en dicha Constitución. En efecto, los constituyentes de Filadelfia no habían considerado conveniente incluir el "Bill of Rights" pero, merced a que varios Estados condicionaron su ratificación de la Constitución a que pronto fuera adicionada una "carta de derechos", es que la misma se incluyó a través de las primeras nueve enmiendas a la Constitución Federal (Ver "The Federalist, LXXXIV" y "The Eliot's Debates", Convención de Pensilvania).

8 Cfr. "Derecho, Legislación y Libertad", Editorial Universidad Francisco Marroquín, Madrid 1982.

9 Cfr. "LA LIBERTAD Y LA LEY", Editorial Universidad Francisco Marroquín, Madrid 1974.

10 Cfr. Kestler Farmes, Maximiliano, INTRODUCCION A LA TEORIA CONSTITUCIONAL GUATEMALTECA. Centro Editorial José de Pineda Ibarra, 2a. edición, Guatemala, 1964. pp. 23, 24 y 25.

11 Cfr. Mayora Alvarado, Eduardo, COMMON LAW, CIVIL LAW AND FREEDOM, ponencia presentada a la Convención Regional de la Sociedad Mont Pelerin en Antigua Guatemala, enero de 1990 (que se anexa adelante).

12 Citado por García Belsunce, Horacio A., GARANTIAS CONSTITUCIONALES. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 53.

se entienda y acepte como "ley", pues si por "ley" se entiende cualquier norma emanada del organismo legislativo, sin importar su contenido y estructura, es muy probable que los derechos individuales resulten limitados por meras disposiciones arbitrariamente discriminatorias, generalmente animadas por intereses y ojetivos políticos de corto plazo.

El fenómeno por el cual la ley se ha convertido actualmente en la expresión escrita del éxito que varios grupos de presión tienen para alcanzar que sus intereses sean protegidos es, en nuestro país, de extraordinarias dimensiones. Como es del conocimiento público pende actualmente ante el Congreso de la República un proyecto de ley surgido de la iniciativa del Poder Ejecutivo que se denomina "Ley de Supresión de Privilegios Fiscales". La estructura de las disposiciones de una de las versiones que ha trascendido al público derogaría: a) en su primer artículo sels cuerpos legales distintos que contienen actualmente algún tipo de privilegio fiscal para determinados grupos o sectores; b) en su segundo artículo, ciertas disposiciones de otras slete leyes que actualmente implican algún privilegio fiscal para otros tantos grupos o sectores; c) en su artículo tercero, todas las exenciones y exoneraciones del Impuesto sobre la Renta concedidas por cualesquiera leyes (que a lo mejor existen y se pasaron por alto en los artículos anteriores), excepción hecha de ciertos privilegios que sí se conservarían en, por lo menos, otros cineo casos que allí se mencionan. Si tal situación no puede tildarse de claramente discriminatoria y arbitraria, entonces ¿qué se entiende por discriminación y arbitrariedad?

La salvaguarda de los derechos individuales, pues debe preverse no sólo mediante su enunciación general y la afirmación dogmática de la Libertad y la Propiedad Privada, sino que también a través de otros aspectos básicos como lo es la definición de lo que ha de aceptarse y entenderse por "ley".

4. Ley y Legislación Pública

En línea con lo dicho arriba, una constitución correctamente concebida debiera establecer una distinción entre los conceptos de "Ley" y "Legislación Pública",[13] pues como se intenta explicar adelante, cada uno de este tipo de normas deriva de funciones distintas en esencia, que podrían atribuirse por tal razón a cámaras u órganos también distintos.[14]

La "Ley" en el sentido que aquí consideramos correcto, consiste en normas generales, abstractas, de conducta justa, aplicables por igual a todos para un número indeterminado de casos futuros. Son aquellas normas que se refieren a las relaciones jurídicas que se entablan entre personas naturales o personas morales entre sí, como lo tocante a los contratos y lo tocante a las relaciones de familia.

Este tipo de normas se ubican, generalmente y en gran medida, en los códigos generales (Código Civil, Código de Comercio, Código Penal, etc.) que las naciones pertenecientes a la tradición jurídica romano-germánica mantienen en vigor y se caracterizan porque, al ser dictadas o formuladas, no es posible prever a qué individuos o personas podrían estas normas favorecer o dañar y tampoco persiguen resultados materiales (económicos, sociales o políticos) concretos. Su formulación es siempre para el futuro y no eximen arbitrariamente de su cumplimiento a persona alguna. Obviamente, las características señaladas no se dan por el solo hecho de que este tipo de normas se encuentren incluidas en los códigos generales, pues nada obsta para que se encuentren algunas o muchas de ellas contenidas en otros cuerpos legales distintos e, igualmente, muchas veces ocurre que en los códigos generales se incrustan normas que no reúnen las citadas características.[15]

La "Legislación Pública", en el sentido que aquí consideramos correcto, comprende aquel conjunto de normas que describen las atribuciones y competencias de los funcionarios y empleados públicos, así como ciertos aspectos organizativos y funcionales de los poderes del Estado y sus diversas oficinas públicas. Además, se incluye, dentro de la "Legislación Pública", aquello que se relaciona con la prestación de los servicios públicos estatales y lo atingente a los tributos en particular, aunque ciertos principios generales y abstractos

13 En lo sucesivo, se escriben ambos conceptos en mayúsculas, esperando que ello contribuya a facilitar la distinción que se presenta entre uno y otro término.

14 Este aspecto obedece a la idea de utilizar el proceso de Formación y Sanción de la Ley como un mecanismo de limitación efectiva al ejercicio del poder público y del poder político. Muchos opinan en contra de los sistemas bicamerales, precisamente porque asumen que ambas cámaras hacen lo mismo y se conforman de manera igual. Si así fuese, tendrían razón; sin embargo, en el sistema propuesto, tal no es el caso.

15 Véase, por ejemplo, el artículo 768 del Código de Comercio, por el que se limita la posibilidad de actuar como fiduciarios a los bancos del sistema. Una norma como esta viola los principios de generalidad e igualdad, a la vez que resulta claro determinar por anticipado a quiénes habrá de favorecer, con lo cual tampoco se da la característica de abstracción necesaria para que la "Ley" pueda considerarse como tal.

relacionados con la tributación, es preferible situarlos dentro del concepto de "Ley". Así, por ejemplo, la "Legislación Pública" puede establecer que la transmisión de bienes muebles (hecho imponible) está afecta a determinado impuesto, equivalente al "x"% (tasa impositiva) sobre el valor de la transacción (base imponible), mientras que la "Ley" puede establecer que ningún hecho imponible podrá ser gravado más de una vez, o que no podrá fijarse tasas imponibles progresivas (sino sólo proporcionales), como tampoco hechos generadores que impliquen discriminaciones arbitrarias.

Desde luego, la diferenciación entre los conceptos de "Ley" y "Legislación Pública" no es, por sí sola, suficiente para proteger la esfera de libertad individual de las personas. Se requiere, además, de los otros aspectos mutuamente complementarios que antes describimos para así establecer los frenos y contrapesos que se traducen también en seguridad y estabilidad jurídicas.

El primero de ellos consiste en determinar que los tribunales de justicia, al resolver los casos que se les sometan, deben observar el principio consistente en que la Constitución prevalece sobre cualquier otra norma jurídica, general o individualizada, y que la "Ley" prevalece sobre la "Legislación Pública", si la aplicación de la segunda en cualquier forma afecta la plena eficacia jurídica de la primera o de cualquier derecho contractual o de otra naturaleza, nacido para cualquier persona al amparo de la "Ley".[16]

El segundo de los aludidos mecanismos consiste en que la "Ley" y la "Legislación Pública" debieran emanar de órganos públicos distintos y compuestos atendiendo a criterios también distintos.

De tal forma, la que podría llamarse "Cámara Alta" quedaría fuera del ámbito de la promulgación de la "Legislación Pública", para dedicarse exclusivamente a la formación y sanción de la "Ley" que, en la medida posible, debiera quedar al margen de valoraciones políticos-temporales. Para ello, el proceso de formación y sanción de la "Ley" podría iniciarse con la presentación de una "iniciativa de Ley" que tendría que derivarse exclusivamente de dos tipos de acciones: Una, según moción presentada dentro de la llamada Cámara alta, sobre la base de evidencia jurisprudencial que revelare razonablemente la conveniencia **a priori** de la adopción de la iniciativa de Ley propuesta; otra, según moción presentada por la Corte Suprema de Justicia, sobre la base de evidencia jurisprudencial que revele razonablemente la conveniencia **a priori** de la adopción de la iniciativa de Ley propuesta.

Este peculiar mecanismo tendría, como se ha dicho, el objeto, por un lado, de lograr la estabilidad de la "Ley", y por otro, de conseguir que la "Ley" sea verdaderamente **descubierta** y no inventada.[17] Es difícil exagerar la gran importancia que para el progreso de una sociedad civil, tiene el conseguir la estabilidad de sus "Leyes". Esta estabilidad se consigue, por una parte, impidiendo que la "Legislación Pública" desvirtúe la plena eficacia de la "Ley" y, por otra parte, asegurando que su formación y sanción (de la "Ley") obedezca en lo posible a un proceso de **descubrimiento** y no de **invención deliberada**.

16 Un ejemplo puede ilustrar lo dicho arriba: Asumamos que el Código Civil establece así los requisitos para contratar válidamente: tener capacidad legal, prestar consentimiento que no adolezca de vicios y objeto lícito. Que el Código establece también que si las partes no fijan un plazo en su contrato, lo hará un juez. Asumamos también que dos personas celebran, al amparo de estas dos normas, que forman parte de la "Ley", un contrato válido de préstamo a seis meses plazo y que, previo al vencimiento del plazo, la legislatura vota "Legislación Pública" que declara una moratoria de un año para todo contrato de préstamo que se hubiese pactado a menos de un año plazo. Bajo un gran número de constituciones contemporáneas, el acreedor se vería lamentablemente afectado por tal "Legislación Pública", ya que generalmente no se exige que ésta reúna determinados requisitos para ser promulgada y, entonces, cualquier cosa que promulga la legislatura es "ley". En el esquema propuesto, si el acreedor, al vencimiento del plazo pactado, exige el pago del préstamo ante un juez, éste (el juez) tendría que honrar el contrato celebrado al amparo de la "Ley", rehusándose a aplicar, por violar la "Ley", la aludida "Legislación Pública" de moratoria.

17 Sobre las perniciosas consecuencias que para el bienestar y progreso de la civilización se derivan de utilizar la legislación como instrumento de "ingeniería social", véase el trabajo que se anexa bajo el título "Civil Law, Common Law and Freedom" (Eduardo Mayora A., Guatemala, 1989). "Inventar la Ley" se usa para designar la actitud racionalista (constructivista) que, desde la Revolución Francesa a nuestros días, ha implicado la enorme intromisión del Gobierno en la vida privada y negocios de las personas, a costa de su libertad individual.

"La felicidad no consiste tanto en la abundancia de bienes como en la posibilidad de gozarlos en la paz y seguridad de su posesión, y estos beneficios sólo pueden provenir del buen gobierno".

David Hume

"La Libertad es lo único que no puede tenerse, a menos que estemos dispuestos a que todos la tengan."

William A. White

Descubrir la "Ley", en este contexto, pretende describir el proceso intelectual por el cual, del estudio de las relaciones múltiples que se dan entre los individuos que actúan en la sociedad, se abstraen y formulan los principios normativos que las rigen (a tales relaciones). Es un proceso de observación cuidadosa y de deducción de los principios que **"normalmente"** observan las personas al actuar. Es de esa **"normalidad"** en el actuar que se forma el concepto de **"norma legal"**, que hoy constantemente se emplea sin recordar su verdadero origen.[18] **Descubrir** la "Ley" y no **Inventarla** es un presupuesto necesario para no desquiciar el "orden espontáneo" de la sociedad.[19]

Aunque a primera vista parece contradictorio que exista un "orden" (que implica una sucesión en concierto de relaciones y acciones) que a su vez sea "espontáneo", en efecto ocurre que la sociedad humana responde a tal descripción.

El observador cuidadoso podrá notar que aun en las sociedades más cerradas, centralizadas o totalitarias, existen múltiples servicios y bienes que se prestan y producen, respectivamente, por ciertas personas para atender las necesidades o preferencias de otras personas, sin que nadie así lo haya dispuesto o mandado.[20] Claro es que, en las sociedades abiertas, en donde se deja fructificar el enorme conocimiento disperso en tantísimos individuos, los resultados son extraordinarios. Frecuentemente muchos nos preguntamos cómo es que a alguien se le ocurre producir tal o cual cosa, cuando a nosotros nunca se nos hubiese ocurrido, o lo increíble que a veces resulta que, aun para los servicios más singulares que pueda uno imaginar, existen personas dispuestas y entrenadas para prestarlos. ¿Quién se los ordenó?, más aún, ¿quién se los sugirió, por qué producen lo que producen o prestan los servicios que prestan? Y, por otra parte, ¿cómo es que tanto, para tales productos o servicios, existen personas que los demandan y consumen? ¿Quién ha organizado todo esto...? La respuesta es que no existe tal "organizador" omnisciente sino que el proceso social, en la medida en que se le deje funcionar, trae como resultado todo ello.

Pero no debe confundirse el carácter "espontáneo" de este "orden" social, con la anarquía. El orden espontáneo del que hablamos responde a un esquema normativo, a un conjunto de "Leyes" (en el sentido que aquí consideramos correcto) que se observan por la generalidad de las personas, de modo que pueda darse la humana convivencia. Tales "Leyes", sin embargo, tampoco son inventadas por un ser omnisciente, sino que surgen y evolucionan conforme el proceso social permite que más y más, el conocimiento disperso entre tantos individuos, a su vez evolucione. La observación cuidadosa de este proceso y de las relaciones que constantemente se entablan entre los individuos y las organizaciones que ellos crean para atender los deseos de los demás, permite **descubrir** estas "Leyes".

Aunque ciencias como la Antropología y la Sociología también se interesan por el estudio del "orden espontáneo" de la sociedad, en lo que a las Ciencias Jurídicas se refiere, en las jurisdicciones pertenecientes a la tradición del Derecho Romano-Germánico, este continuo proceso intelectual de **descubrimiento** de la "Ley" se realiza de múltiples formas como lo son los estudios, tratados y comentarios que los juristas publican y sirven de base para el estudio del Derecho, así como también lo son las sentencias de los tribunales que van delineando los criterios judiciales y, en algunos casos, llegan a formar la jurisprudencia, llamada también doctrina legal.

No obstante, infortunadamente hoy en día y desde hace ya largo tiempo, en virtud de las teorías "racionalistas" (no "racionales") y "positivistas", se ha menospreciado la importancia que tiene formular normas legales sólo después de un cuidadoso estudio de las relaciones subyacentes que normalmente se producen dentro del llamado "orden espontáneo" de la sociedad y, en cambio, se ha echado mano de la "Legislación Pública" como instrumento de manipulación política, económica

18 Gran parte del Derecho Privado en los países de herencia romano-germánica coincide, en una forma que a muchos admira, con el Derecho Romano. Los "Jurisconsultos" romanos precisamente se dedicaban a la tarea de "descubrir la Ley". Cuando Justiniano ordenó la preparación del "Corpus Juris", la labor consistió, en buena parte, en la compilación ordenada de los principios normativos que los "jurisconsultos" romanos habían ido descubriendo a lo largo de los siglos. Sobre este tema véase el resumen que se presenta en "Civil Law, Common Law and Freedom" y "THE CIVIL LAW SYSTEM" (Von Mehren & Gordley; 2nd. Edition, Little Brown and Co., Boston and Toronto, 1977).

19 Sobre la teoría de "los órdenes espontáneos" véase: DERECHO, LEGISLACION Y LIBERTAD. Tomo I, Capítulo II "Cosmos y Taxis".

20 No conozco a persona alguna que haya viajado a la Unión Soviética y no haya quedado impresionada por la cantidad de bienes y servicios que se prestan contra la ley y sujeto incluso a severas sanciones. De alguna manera, si algún moscovita realmente quiere conseguir un par de pantalones "jeans", hay otro, u otros moscovitas que, sin que nadie se los haya mandado, dedican tiempo y recursos para obtenerlos, no porque ellos quieran los pantalones, sino porque otro desea adquirirlos.

y social, en detrimento de la libertad individual.[21]

En el esquema que se barrunta en los párrafos anteriores, se persigue incrustar en el proceso de formación y sanción de la "Ley" este método intelectual de **descubrimiento**, para lo cual las iniciativas de Ley debieran basarse en evidencia jurisprudencial que revele razonablemente la conveniencia **a priori** de su adopción.

Dejanto atrás lo relativo al concepto de "Ley" y el proceso que podría seguirse para llegar a formularla, pasamos a comentar el proceso que consideramos adecuado para la adopción de la "Legislación Pública", que es totalmente distinto. Refleja en general este proceso la forma en que actualmente proceden las legislaturas o parlamentos occidentales. Si se recuerda lo que se entiende aquí por "Legislación Pública", es fácil advertir que la misma no se **descubre** sino que, se **crea deliberadamente** y para la obtención de fines concretos. Como consecuencia, el proceso intelectual para la formulación de la "Legislación Pública" podría responder al esquema democrático preponderante en la actualidad.[22]

Dentro del "orden espontáneo" de la sociedad constantemente ocurre que los individuos constituyen "organizaciones" sea para prestar servicios privados, sea para producir bienes para el consumo privado, o bien para administrar (no crear o inventar) el esquema normativo (las leyes) que permite el desenvolvimiento de la sociedad lo más próximo posible a tal "orden espontáneo". Es a este último tipo de organizaciones que se les llama "gobierno".

Las "organizaciones", a diferencia del "orden espontáneo" de la sociedad, requieren de una planificación deliberada, de estructuras y objetivos predefinidos y de un conjunto de relaciones de supraordinación, coordinación, y subordinación que se expresan también a través de normas, que no obstante, no son de la misma naturaleza y características que la "Ley".[23] Son normas que, lejos de referirse a problemas generales y abstractos (como podría serlo la norma que establece que quien cause daños a otro debe resarcirlos), tienen más la estructura de un orden (como podrían serlo las normas que mandan que la policía cuidará del orden y seguridad públicas). A este tipo de normas les hemos llamado aquí "Legislación Pública".

En un esquema como el que aquí se sugiere, la "Legislación Pública" podría ser la labor de la "Cámara Legislativa" o "Cámara Baja", sin importar que aquélla se **crease deliberadamente** y con fines políticos o de cualquier otra índole, porque el Poder Judicial tendría como deber observar siempre el principio de que la "Ley" tiene precedencia sobre la "Legislación Pública" de darse, en cualquier caso ante cualquier tribunal, una situación de conflicto entre una y otra (la "Ley" y la "Legislación Pública").

La "Legislación Pública" sí constituye una forma adecuada de la expresión de preferencias políticas, de administración pública y, en general, de "cuestiones de gobierno". En el sistema que aquí se esboza no sólo no se desconoce estos atributos de la "Legislación Pública", sino que se los contempla con atención. **Lo que se persigue es evitar que se confunda y olvide que la "Ley" y la "Legislación Pública", son cosas distintas y que, la segunda no debe afectar la eficacia de la primera, so pena de subvertir el orden espontáneo de la sociedad y dañar la libertad individual.**

Excepción hecha del Derecho Penal, que hoy se considera Derecho Público en los países pertenecientes a la tradición Romano-Germánica, la distinción entre "Ley" y "Legislación Pública" que aquí se ofrece, es bastante similar a la distinción clásica entre Derecho Privado y Derecho Público. Lo que aquí se propone con cierto carácter novedoso (pues por largos períodos de la historia del Derecho Occidental así fue) es que debe darse superior jerarquía normativa al Derecho Privado sobre el Derecho Público.

A continuación se presenta un diagrama que ilustra lo expuesto arriba.

---

21 Para abundar en elementos sobre este tema, véase DERECHO, LEGISLACION Y LIBERTAD. Tomo I, Capítulos IV y V, y Tomo III, Capítulo VIII.

22 Son ejemplos elocuentes de "Legislación Pública" todo aquello que trata lo concerniente a la estructura orgánica de las distintas agencias u órganos gubernamentales, como las llamadas "Leyes Orgánicas" que indican quién dirige la oficina u órgano público de que se trata, qué atribuciones tiene, quiénes son sus subordinados, etc.

23 Incluso las "organizaciones" privadas requieren de tales normas. Las empresas, las corporaciones, asociaciones, etcétera, cuentan con estatutos y pactos sociales que definen las atribuciones de sus funcionarios y empleados.

PROCESO DE FORMACION Y SANCION DE LA LEY:

1
CAMARA ALTA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRESENTAN INICIATIVA

2
1/3 DE LOS MIEMBROS DE LA CAMARA ALTA RESPALDAN LA MOCION:
SE INICIA DISCUSION DE LA LEY

3
SE APRUEBA LA MOCION 2/3 DEL QUORUM (DE 3/4)
SE PROMULGA LA LEY
NO SE SANCIONA POR EL EJECUTIVO NI EXISTE VETO

4
SE PUBLICA LA LEY

PROCESO DE FORMACION Y SANCION DE LA LEGISLACION

1
UNO O MAS REPRESENTANTES EJECUTIVO NACIONAL
PRESENTAN INICIATIVA DE LEGISLACION

2
SE TRASLADA LA INICIATIVA A LA COMISION DE LA CAMARA BAJA
QUE SEGUN LA MATERIA CORRESPONDA, PARA DICTAMEN

3
CON DICTAMEN FAVORABLE SE PRESENTA EL PROYECTO AL PLENO
SE DISCUTE EN TRES SESIONES DISTINTAS

4
EN VIRTUD DE VOTO MAYORITARIO (1/2 + 1), DESPUES DE TERCERA
SESION, SE APRUEBA EL PROYECTO.

5
SE REMITE AL EJECUTIVO NACIONAL PARA SU SANCION Y PROMULGACION,
PUEDE VETARSE POR EL EJECUTIVO

SISTEMA DE JERARQUIA DE NORMAS:

CONSTITUCION
LEY
LEGISLACION PUBLICA
REGLAMENTOS
NORMAS INDIVIDUALIZADAS

5. Algunos problemas terminológicos

La distinción entre "Ley" y "Legislación Pública" a que se hizo referencia arriba implica ciertos problemas terminológicos. Actualmente no existe una diferencia real de significación entre ambos vocablos. Unas veces se emplean estos términos en forma intercambiada, para significar lo mismo; otras veces, la palabra "legislación" significa el conjunto de "leyes" de un estado; en fin, en el idioma español, el contenido de estos vocablos no es el que aquí se les atribuye.[24]

Es importante subrayar que el hecho de que "Ley" y "legislación" signifiquen hoy en día prácticamente lo mismo puede no ser un problema semántico, pero ciertamente sí es un serio problema jurídico-político que, como hemos tratado de señalar antes, puede redundar en la pérdida de buena parte de la libertad individual.

Hoy en día ha llegado a decirse y aceptarse comúnmente que "la Ley no representa el origen, sino el resultado de la actividad legislativa",[25] lo que equivale a decir que cualquier cosa que dicte el poder legislativo del Estado, es la "ley". Esto es muy riesgoso pues entonces, en nombre de la "Ley" pueden cometerse, y en efecto se cometen, claras violaciones a los derechos individuales.[26]

El esquema que se sugirió arriba persigue evitar que se emplee, para sojuzgar a los gobernados, la enorme dignidad que generalmente se le reconoce a la "Ley". El sistema consiste en distinguir con claridad qué tipo de normas habrán de merecer la dignidad que se reconoce a la "Ley" y qué tipo de normas no serán meritorias de ello, pues, como enseña el adagio: "no todo lo que brilla es oro".

---

24 Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (20a. edición), "legislación" es "el conjunto o cuerpo de leyes por las cuales se gobierna un Estado, o una materia determinada..."; "ley" es "(...) 2. Precepto dictado por la suprema autoridad, en que se manda o prohíbe una cosa en consonancia con la justicia y para el bien de los gobernados. 3. En el régimen constitucional, disposición votada por las Cortes y sancionada por el Jefe del Estado (...)".

25 Eduardo García Maynez, INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO. 16a. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1969, p. 52.

26 La Constitución argentina claramente protege en su artículo 14 los derechos a "ejercer toda industria lícita" y a "disponer de su propiedad", "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio". Sin embargo, en "la causa 'Ercolano, Agustín, vrs. Lenteri de Renshaw', fallada el 28 de abril de 1922 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ('Fallos', tomo 136, págs. 161 y ss)" en que se "discutía la constitucionalidad de la prórroga de alquileres urbanos como una medida transitoria y de emergencia dispuesta por la ley...", la mayoría del tribunal se pronunció en favor de la constitucionalidad de dicha ley, aduciendo que "la regulación por el estado de los precios y tarifas en la prestación de bienes y servicios librados a un uso e interés público" es justificada y que, "...ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste un carácter de absoluto, pues un derecho ilimitado sería una concesión antisocial. Que limitarlo es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses ulteriores de esta última..." Se dijo también que: "...el estado tiene el poder general de fijar o limitar el precio de las cosas del dominio particular...". Tomado de GARANTIAS CONSTITUCIONALES, pp. 55 y 56.

La distinción que hemos propuesto se deriva, fundamentalmente, de la que Friedrich Hayek propone, que en el idioma inglés sería el equivalente a "Law" y "Legislation".[27] No obstante, no es Hayek el único que ha estudiado este problema y señalado su importancia. Otros autores europeos e iberoamericanos han tratado también este tema, como puede apreciarse en la siguiente cita de un texto bastante empleado y reconocido en nuestro medio para el estudio de los principios generales del Derecho: (Sobre el Concepto de "Ley") **"De ahí provienen dos sentidos diferentes que el vocablo adquiere en el derecho, los cuales hacen referencia directa al contenido y al origen de la ley: 1o. —Un sentido material o substancial, que señala el contenido de la palabra y la caracteriza como una norma general, abstracta y permanente, destinada a regular obligatoriamente un número indefinido de casos... 2o. —Un sentido formal, que se refiere exclusivamente al origen de la ley: desde este punto de vista sólo son leyes las disposiciones obligatorias que emanan del órgano legislativo del Estado (en nuestro caso el Congreso de la Nación y las legislaturas de provincia). Las reglas así sancionadas se llaman leyes, cualquiera que sea su contenido, tanto en el caso de que impongan normas generales, como en el de que sólo originen normas particulares... Una correcta definición de ley deberá, por consiguiente, incluir en el concepto ambos puntos de vista, pues los dos participan del carácter de fuente del derecho..."**[28] (el subrayado es nuestro).

Por otra parte, históricamente, la "Ley" es un concepto anterior al de "legislación" y no es prácticamente sino hasta después de la Revolución Francesa, que la "Ley" resultó siendo producto de la "legislación", habiéndose iniciado desde entonces una seria confusión de consecuencias lamentables.[29]

6. Conclusiones

Una ley fundamental, una Constitución puede eventualmente ser el resultado de la expresión "democrática" de un pueblo, pero no por ello habrá de redundar necesariamente en la feliz instalación de un Estado de Derecho.

El Estado de Derecho presupone la afirmación de ciertos principios básicos como lo son la libertad individual, la propiedad privada y la intangibilidad de los contratos y, a su vez, una concepción acertada de lo que ha de entenderse y aceptarse por "ley", distinguiendo este término del que corresponde a la "Legislación Pública" y, muy importante, supeditando la eficacia jurídica de la segunda, a que no se violen mediante su aplicación los derechos que de la primera emanan.

Para conseguir tales presupuestos es sumamente aconsejable que las funciones por las que la "ley" ha de **descubrirse** y la "legislación Pública" **crearse deliberadamente**, se ejerzan por órganos distintos e integrados atendiendo a criterios también distintos.

Eduardo Mayora Alvarado.
Guatemala 15 de agosto de 1990. (c)

---

27 Op. cit., aunque la traducción al español de la principal obra suya sobre este tema emplea, en lugar de la palabra "Ley", el término "Derecho".

28 Carlos Mouchet y Ricardo Zorraquín Becu, INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO, 11a. edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1987, pp. 192-193. Véase también sobre este punto a José Castán Tobeñas, DERECHO CIVIL ESPAÑOL, COMUN Y FORAL, Tomo I, Editorial Reus, S.A., Madrid 1988, pp. 436-437.

29 Cfr. COMMON LAW, CIVIL LAW AND FREEDOM, pp. 8-10.

PONENCIA DEL LIC. HUMBERTO GRAZIOSO BONETTO

Introducción

En la alborada de un nuevo orden internacional, que constituye la necesaria consecuencia del rompimiento de una hegemonía formal, utilizada durante mucho tiempo como marco de referencia para el quehacer social de un buen número de seres humanos, resulta necesario y apropiado cuestionarse y reflexionar sobre la influencia que el ordenamiento jurídico desempeñó en el crecimiento, desarrollo y extinción de las diversas formas de totalitarismo que ha conocido la humanidad, las cuales culminaron en el presente siglo en las aberrantes expresiones del Fascismo, el Nazismo, y el Comunismo, caracterizadas todas por el intento de monopólizar el fuero interno de las conciencias de los hombres, por una parte, y su actividad externa por la otra.

No cabe duda de que el desenvolvimiento de una comunidad dentro del concierto mundial de las naciones, es consecuencia necesaria del comportamiento de los individuos que componen esa comunidad. Su gobierno también es consecuencia de lo mismo.

Hay un refrán popular que dice que cada pueblo tiene el gobierno que se merece. No debe olvidarse, sin embargo, que la expresión "pueblo", en sí misma es una abstracción de vida refleja, como lo es la expresión "sociedad" y el vocablo "comunidad". Esta aclaración es necesaria porque muchas veces esos términos son usados para descargar la responsabilidad de los individuos en entes abstractos tales como el pueblo, la sociedad y la comunidad que, por serlo, carecen de ella. La tendencia al anonimato, manejada a través del lenguaje, como ya quedó señalado, adquiere su extrema manifestación en la acción política y administrativa de los totalitarismos, en los cuales es "el partido" o "la secretaría", o "la jefatura", quienes toman las decisiones y se hacen "responsables" de ellas, jamás los individuos; y si ese extremo caso se diera, la justificación de la acción se encontrará siempre en "los intereses del pueblo" o en "las demandas de la sociedad".

La tendencia al anonimato de los totalitarismos, se vio influida grandemente por el hecho sin precedentes en la historia de Occidente, de hacer del Derecho una ciencia, y en la forma de aplicar ésta mediante un método científico. Es de todos conocido que el método científico y la ciencia son partes del quehacer humano que se refieren muchas veces, por no decir la mayoría, al análisis de relaciones entre los elementos que componen el objeto de estudio de esa ciencia. Ese objeto, es muchas veces invariable, y si tiene variaciones, las mismas obedecen a un proceso gradual generalmente previsible. Por lo tanto, es posible hacer predicciones y utilizar esquemas relacionales, que pretendan prever y calcular los marcos dentro de los cuales una ciencia y el método que sirve para desarrollarla van a desenvolverse. En el caso del derecho no es así. Su materia es el hombre; su objeto el desarrollo del comportamiento de éste con sus semejantes, y la regulación de ese comportamiento en la vida social. El hombre es variable. Su variabilidad, para el asunto que nos ocupa, no depende de un estado u otro de su carácter: no es la manifestación de su volubilidad el sentido en el cual se utliza el adjetivo. Es, más bien, la circunstancialidad de su vida. Esto quiere decir que el comportamiento del hombre, circunstancialmente hablando, variará de conformidad con las situaciones que su existencia le vaya presentando: consecuentemente, las regulaciones jurídicas que rijan su vida, deben ser lo suficientemente amplias para contemplar el mayor número posible de situaciones presentes y futuras observadas dentro de un marco de comportamiento general, fundamentado en la justicia para poder crear un orden jurídico estable y una dinámica social que le permitan crecer hacia dentro y hacia afuera, teniendo como meta la perfecta consecución de su destino temporal.

El panorama descrito pone de relieve el singular hecho de que en los dos últimos siglos, en el estudio del Derecho se ha enfatizado en el vigor de la forma, al extremo de llegar a entender cómo una de las Fuentes del Derecho, las así llamadas "formales", que como atinadamente las describe el jurista Eduardo García Maynez, son "los procesos de creación de las normas jurídicas".[1] Añadiendo después que "De acuerdo con la opinión más generalizada, las fuentes formales del derecho son la legislación, la costumbre y la jurisprudencia. La reunión de los elementos que integran los procesos legislativo, consuetudinario y jurisprudencial, condiciona la validez de las normas que los mismos procesos engendran... Se trata de requisitos de índole puramente extrínseco, lo que equivale a declarar que nada tienen que ver con el contenido de las normas, es decir, con lo que éstas, en cada caso, permiten o prescriben".[2] Ese olvido del contenido, que ha venido adquiriendo en el transcurso del tiempo el solemne carácter de una institución jurídica, ha provocado paulatinamente el desmedro de la justicia, que es el fin del derecho, y con él, la ignorancia de la recta razón que es, según Cicerón, la

1 García Maynez, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho". Décimosexta edición revisada. Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1969. p. 51.

2 Ibídem. pp. 51-52.

fuente primaria y originaria del Derecho. Tales preeminencias han venido a volcarse necesariamente en las diversas formas de gobierno que son, al fin, la lógica desembocadura del Derecho, uno de cuyos telos inmediatos es regular la vida de los hombres en sociedad.

La democracia como forma de gobierno y también como forma de vida se ha visto afectada notablemente por esta influencia formal, al extremo de crear lo que acertadamente Friedrich Von Hayek ha llamado las "democracias ilimitadas", que contituyen aún en algunas partes, la máxima expresión de un ordenamiento jurídico formal y casuístico hasta lo patológico, que pretende aherrojar hasta las más insignificantes manifestaciones de la vida del individuo en aras de la omnipotencia de un poder estatal paternalista y previsor que conculca la dignidad personal y elimina la libertad exterior del hombre. El propósito de este modesto trabajo, que no intenta descubrir nada nuevo, ni señalar nada que no se sepa, es únicamente resaltar la forma en que la manipulación de las Fuentes del Derecho, ha influido sobre el concepto de Democracia, autorizando al sistema para legitimar e imponer normas sobre la única base del uso del voto para la elección de autoridades y de la razón de la mayoría que no siempre tiene la razón.

Con ese objeto he dividido la presente ponencia en dos partes: 1- EL CONCEPTO Y LA EVOLUCION DE LAS FUENTES DEL DERECHO; 2- EL CONCEPTO ORIGINAL DE DEMOCRACIA Y LA VIGENCIA DE LA LEGALIDAD.

Concepto y evolución de las Fuentes del Derecho

En el "Tratado de las Leyes" de Marco Tulio Cicerón, se encuentra un hermoso diálogo desarrollado en Arpino, Ciudad Municipal de la tierra de los volscos, patria de Cicerón, que viene a ser el hermoso marco natural en el que Atico, Quinto y el propio Cicerón, se ocupan de las Fuentes del Derecho y del origen del mismo. Hay dentro del diálogo una pregunta efectuada por Cicerón, que más que una interrogación es una afirmación. En efecto, dirigiéndose a Atico expone: "¿Qué hay en efecto más grande en un Estado que el derecho?".[3] Esa declaración encierra más que una concepción segmentada del ars iuris, una idea universal del Derecho, lo que conlleva una dimensión de lo trascendente e inmenso de la disciplina, que naturalmente es menos útil y menos ventajoso pecuniariamente hablando, pero es determinante para buscar con éxito sus fuentes. Ese discurrir coloquial entre alamedas de cipreses, en compañía del rumoroso paso del agua de un río, ilumina el ya preclaro pensamiento de Cicerón y le hace afirmar que... "habeís de tener por cierto que ninguna cuestión descubre con mayor brillo lo que la naturaleza ha dado al hombre, qué multitud de cosas excelentes encierra el alma humana, para qué misión y obra hemos nacido, cuál es el lazo que une a los hombres y qué sociedad natural existe entre ellos. Explicando estas cosas puede encontrarse la fuente de las leyes y del derecho".[4]

Las citas relacionadas evidencian tres cosas, a saber: a) Que hay una sociedad natural entre el hombre y la naturaleza; b) Que para descubrir esa sociedad natural, hace falta la razón; c) Que de la correcta asociación entre la razón y la naturaleza, puede nacer el Derecho. Ahora bien, ¿Qué clase de razón es la que hay que utilizar para establecer esa correcta asociación? La recta razón. En efecto, la recta razón se encuentra en la misma naturaleza del hombre, y es común a éste y a Dios, de donde se establece, según Cicerón, la primordial sociedad que une al hombre y a Dios. Se ha dicho que Dios es el Sumo Bien y que el hombre por ser creatura suya, no solamente participa de su Razón, sino que rectamente entendida lo lleva a buscar el Bien. En ese sentido, Cicerón menciona que la fuente por excelencia del Derecho es la recta razón. Efectivamente, en la obra citada, él afirma: "No existe, pues, más que un solo Derecho al que está sujeta la sociedad humana, establecido por una ley única: esta ley es la recta razón en cuanto manda o prohíbe, ley que, escrita o no, quien la ignore es injusto. Si la justicia es la observación de las leyes escritas y de las instituciones de los pueblos, y si como ellos mismos sostienen, todo debe medirse por la utilidad, olvidará las leyes, las quebrantará si puede, aquel que crea que de hacerlo así obtendrá provecho. La justicia, pues, es absolutamente nula si no se encuentra en la naturaleza: descansando en un interés, otro interés la destruye".[5] Este concepto de unidad entre la recta razón y la justicia entendida como acabo de citarlo, se perdió con el tiempo: esa pérdida tratará de ser analizada en las líneas siguientes:

I. EL NOMINALISMO: En el transcurso de la historia del pensamiento occidental, tuvo especial relieve una filosofía que no es precisamente nueva, se remonta a los siglos XI y XII después de Cristo, y conoce su plenitud a partir del siglo XIV: me refiero al Nominalismo, cuya denominación se encuentra íntimamente vinculada al nombre de Guillermo de Occam, teólogo franciscano considerado como el

3 Cicerón, Marco Tulio. "Tratado de Las Leyes". Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1981. p. 97.
4 Ibídem. p. 98.
5 Ibídem. p. 105.

fundador de la manera "Moderna de Pensar", que constituirá la brecha de separación paulatina entre el modo heredado de la antigüedad y la actual forma de enjuiciar la realidad.

¿En qué consiste este Nominalismo? ¿De qué modo ha influido en la pérdida de la justicia y la pérdida del derecho? Para responder a esas interrogantes se tratará de ilustrar las ideas de la siguiente manera: a) Cuando se hace una afirmación sobre alguna cosa o concepto generalmente se habla de una realidad conceptual o física. Por ejemplo: Cuando se dice que Lionel García es guatemalteco se hace referencia a algo real, específico, distinguible. Cuando se habla de Lionel García, a esa realidad corresponde de manera notable la existencia de Lionel García, porque él es un ser real, concreto e independiente, lo que en filosofía se llamaría una sustancia primera. Ahora bien, cuando se dice que Lionel García es guatemalteco se habla también de una realidad, pero de una realidad que los Nominalistas llaman sustancia segunda. ¿Por qué se dice que al referirse al adjetivo guatemalteco se hace relación a una sustancia segunda? Porque al referirse al adjetivo guatemalteco se habla de los así llamados universales, ya que no sólo Lionel García es guatemalteco.

Hay, por lo menos, ocho millones más de guatemaltecos. Ahora bien, ¿cómo responden los Nominalistas a esta sustancia segunda, a estos universales? Para ellos lo único importante en el ejemplo relacionado es Lionel García. No importa su calidad de guatemalteco porque esa calidad no tiene como función designar de manera INMEDIATA, CONCRETA Y ESPECIFICA una cosa; son, según ellos, instrumentos lingüísticos que sirven para referirse a una pluralidad de objetos que se parecen de algún modo entre sí. Por ejemplo: hay millones de guatemaltecos. Desde este punto de vista los universales sólo existen mentalmente y sirven nada más como instrumentos. Por lo tanto, los hombres somos capaces de forjarlos y construirlos libremente. No importa que esos universales sean verdaderos, es decir, adecuados a la realidad. Lo único interesante es que nos ayudan a razonar, que permiten realizar operaciones sobre los así llamados fenómenos singulares, es decir, que sirven para completar la sustancia de la idea primera, en este caso la sustancia de Lionel García.
Esta forma de ver las cosas ha servido para poder desarrollar la ciencia en el sentido que hoy se le conoce: a partir de datos exactos, de realidades simples. Ahí está la coyuntura: los antiguos griegos no examinaban de ese modo la ciencia. Ellos estudiaban la realidad del hombre en general, la realidad de la naturaleza en general, la realidad de lo bueno en general. Por ejemplo, si un médico examinaba a Lionel García, no limitaba su examen a la enfermedad de la que se quejaba el paciente. Hacía un análisis integral del hombre. El médico conocía a su paciente, no sólo a su corazón, a su hígado o a su sangre. En otras palabras, se establecía una relación entre la enfermedad y el hombre individualizado, concreto, único. Hoy día no es así. La referencia actual es a datos concretos y específicos que permiten registrar sucesiones de hechos, que facilitan prever efectos y fabricar instrumentos que sirvan para poderle dar bienestar a los hombres pero que, por otra parte, se olvidan de las realidades que trascienden esos meros cálculos materialistas. En síntesis: el Nominalismo únicamente encontraba real al individuo porque, por supuesto, la realidad va más allá, mucho más allá, de la mera existencia individual. Sin embargo, el hecho de centrar la atención en esa realidad individual trajo como consecuencia que los filósofos de los tiempos modernos tuvieran como punto absoluto y fundamental de su interés y de su estudio, al yo, a la persona. Se dio, así, lo que después se denominó el SUBJETIVISMO. Este sistema le otorgó una significación nueva a la palabra Derecho. Trajo como consecuencia un automático rechazo a los antiguos esquemas filosóficos, incluido, por supuesto, el aristótelico, puesto que no tenía sentido, de acuerdo con los Nominalistas, definir lo que es el Derecho, sus límites o su finalidad. Y no lo tenía porque el Derecho, según ellos, no corresponde a nada real. Es únicamente un instrumento lingüístico cuyo sentido se puede cambiar y modificar libremente. El Nominalismo no define nada. Y no define nada porque, como ya se dijo, toda definición es convencional, depende de los intereses que se tengan en el momento. Con la justicia pasa lo mismo: la justicia no existe, es un término hecho sólo para referirse a una serie de sucesos. Es poco operativa. Hay necesidad de buscar una palabra que se constituya en una herramienta más útil para poder argumentar acerca del Derecho. Talvez la palabra adecuada sea utilidad. Y esto ¿por qué? Sencillamente porque el Nominalismo niega las relaciones. Ya se ha dicho, en líneas anteriores, que únicamente le interesan las realidades simples y el Derecho es, como diría Luis Legaz y Lacambra, básicamente, una cuestión de relaciones. Efectivamente él afirma que: "la relación es la vida del Derecho, el Derecho es forma de vida social y, por eso, no sólo 'regula' relaciones, sino que él mismo es un complejo de relaciones jurídicas..."[6].

II. HOBBES Y EL DERECHO SUBJETIVO: Las últimas consecuencias del Nominalismo fueron extraídas por Hobbes, quien es también conocido como el fundador de la

6 Legaz y Lacambra, Luis. "Filosofía del Derecho". Quinta Edición. Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1979. p. 680

Filosofía del Derecho Individualista, y en cierto modo el precursor del actual significado de la expresión "derecho subjetivo".

Para él, en los albores de la historia, el hombre se encuentra sometido a un "estado de naturaleza", caracterizado por la violencia para obtener lo que se necesita o lo que se desea. Esa situación genera derechos: en primer lugar los que da la conquista violenta de los bienes o de las personas; en segundo lugar el derecho a todo que todos los hombres poseen mientras no haya uno más fuerte que se los quite. Ese es, para Hobbes, el estado natural del hombre, y naturalmente, hay que arreglarlo: hay necesidad de obtener orden y paz. Para ello hay necesidad de celebrar un contrato entre los individuos. Este será el CONTRATO SOCIAL, caracterizado por ser un instrumento forjado por los hombres mismos, que tendrá una fuerza superior a la de los propios hombres y que éstos estarán obligados a acatar, para poder crear el orden social. Ese será el origen del derecho, su fuente primera; no ya la recta razón ni el derecho natural. La fuente del Derecho será EL LEGISLADOR, lo cual dará origen al positivismo jurídico. Sin embargo, antes de entrar al análisis somero del mismo, es importante recalcar el concepto de derecho subjetivo de Hobbes. En efecto, para él, en el estado de naturaleza, TODO ESTA PERMITIDO A TODOS LOS HOMBRES. Pero como eso es igual a vivir en un caos permanente, se pide al estado que en virtud del contrato social, se hagan efectivos, se respeten, y se limiten los derechos subjetivos, APOYANDO ÉSTOS con su fuerza real, lo cual juntamente con el positivismo jurídico, ha hecho, como dice Michel Villey, del derecho subjetivo, el fin del Derecho, al expresar en el primer tomo de su Obra "Compendio de Filosofía del Derecho" que "El derecho subjetivo se sitúa en el centro del pensamiento jurídico de la época moderna. Esto no se ve a primera vista... en el sistema de Hobbes, la ley, meramente humana, estatal, tiene sólo función de instrumento. El mismo Estado y todas las leyes creadas por él no tienen más misión que la de servir a los intereses de los contratantes (a los individuos, partes del contrato social). Por encima de las leyes está el fin para el que las mismas leyes han sido hechas. El 'derecho objetivo' no es más que un auxiliar. El derecho subjetivo es el fin y el término".[7]

III. EL POSITIVISMO JURIDICO: Lo dicho hasta aquí lleva a una primera conclusión que, dada la brevedad de este trabajo, no es posible analizar en detalle. Me refiero a la muerte de los fines del Derecho, cuya agonía empieza en la consideración de la pluralidad de los mismos. Modernamente se le han asignado al Derecho los siguientes fines: a) la seguridad, el placer o la libertad del individuo; b) el interés del grupo; c) la justicia. Pero no entendida como la concebía Aristóteles y la definió posteriormente Santo Tomás de Aquino, al afirmar que es el hábito constante y permanente de dar a cada uno lo suyo, sino más bien pregonada como la defiende el Idealismo que pone de relieve el hecho del igualitarismo, o dicho de otro modo, comprendiéndola como igual para todos.

Es natural pensar que este pluralismo, por otra parte no convincente, lleva a concluir en que no se puede distinguir el derecho por su objeto, ya no se sabe cuál es su TELOS, porque tiene varios. Esa imposibilidad, aunada a otra serie de elementos influyentes en la historia del pensamiento de Occidente, de los que me ocuparé coyunturalmente después, empujan a concebir el derecho como una TECNICA PARA RESOLVERLO TODO. De allí la vigencia, dicho sea entre paréntesis, del principio de la plenitud hermética del derecho por una parte, y por la otra, la consideración de que el derecho, por ser instrumento, puede ser útil PARA CUALQUIERA.

Ese carácter instrumental elimina las causas finales del quehacer jurídico, viéndose así reemplazadas por las CAUSAS EFICIENTES. Y como las causas finales se escapan al dominio de las ciencias, Renato Descartes propone que queden refundidas en el campo de acción de los filósofos, que son los que se ocupan de estudiar el espíritu humano. Las causas eficientes, por ser instrumentales, se buscarán afuera del individuo; las causas finales, se buscarán dentro del sujeto y serán por eso SUBJETIVAS.

Esa forma de pensar impidió que en adelante se dejaran de buscar los fines en el seno de la realidad. Se olvidó así que lo verdadero, por ejemplo, es la concordancia de las palabras con las cosas, y que lo justo, que es el fin del Derecho, es, como diría Michel Villey, "la proporción ajustada entre personas y cosas".[8]

En ese caldo de cultivo propiciador del subjetivismo, aparece la figura de Augusto Comte, fundador del POSITIVISMO CIENTIFICO, que introducido al campo del Derecho, lo limita primero a la exégesis de los textos, y lo lleva después al rechazo de los fines de la actividad judicial, como es natural si se estima al Derecho como buscador de causas eficientes, instrumentales, y negante de las causas finales, por el hecho de que éstas son subjetivas ya que se encuentran dentro del espíritu humano y

7 Villey, Michel. "Compendio de Filosofía del Derecho". Tomo I. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona, 1979. p. 165.
8 Ibídem. p. 200.

por tanto no susceptibles de ser objetivamente ponderadas, lo que produce el rechazo de los fines de la actividad judicial, para sustituirlo por el acogimiento de la causa eficiente en la misma, la cual Hans Kelsen define magistralmente cuando afirma que el fin del Derecho no es la justicia sino EL ORDEN.

Dado el presupuesto anterior, el trabajo del jurista consistirá exclusivamente en preparar normas efectivas, sin importar que éstas sean justas o no, ya que la justicia es inalcanzable por ser subjetiva.

Hay una negación científica de la ley natural, que por supuesto elimina también a la recta razón como fuente del Derecho. Y es que para el positivismo, los principios metalegales contenidos en el Derecho Natural carecen de toda validez; únicamente cuenta la norma que es producto de la voluntad humana: ES LEY TODO LO QUE LA AUTORIDAD COMPETENTE DECLARA COMO TAL. Por lo tanto, el único ordenamiento jurídico legítimo será aquel que emane de la voluntad del legislador, y que atraviese los senderos del procedimiento establecido para su promulgación y puesta en vigor, lo cual le dará a la expresión ESTADO DE DERECHO, una nueva connotación íntimamente vinculada con el orden legal producido por el acatamiento a la forma y a la voluntad del legislador.

Dentro de ese esquema referencial se mueve hoy día el concepto de democracia, el cual también ha adquirido, como se verá oportunamente, un matiz de orden legalista que reduce el ámbito del ars iuris a su expresión formal, la cual es suficiente para darle carácter de legitimidad.

El concepto original de democracia y la vigencia de la legalidad

Actualmente hay muchos tipos de democracia. De hecho el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas y Luis Alcalá Zamora, reconoce doce variedades. Sin embargo, para los efectos que interesan en este trabajo, baste con señalar el concepto expresado por Aristóteles en su "Política", en el que concibe la democracia como "el estado en que la multitud gobierna para la utilidad pública", el cual se recoge en el Tomo Segundo del Diccionario citado, cuyos autores, a su vez dan, de la misma, la siguiente definición: "la democracia se concibe como una forma de Estado dentro de la cual la sociedad entera participa o puede participar no solamente en la organización del poder público sino también en su ejercicio".[9]

La participación directa de los ciudadanos en la organización del poder y en su ejercicio se ha visto limitada drásticamente por el gran número de habitantes de las actuales comunidades humanas. Este factor númerico ha dado pábulo con los años, al nacimiento y vigencia de la DEMOCRACIA REPRESENTATIVA, que el Diccionario aludido define como aquella que se da "en contraposición a la democracia directa en que los ciudadanos son gobernantes a la par, aquella otra en que los que gozan de derechos políticos, y específicamente del de sufragio, imposibilitados por su número y ocupaciones para ejercer de modo efectivo e inmediato el poder, designan representantes".[10]

Este ejercicio de la democracia representativa, por un lado, y por otro la preocupación creciente de la libertad de la colectividad, que es una herencia del concepto de soberanía de Juan Jacobo Rousseau, que se engendra de la idea de la renuncia voluntaria a la libertad individual para depositar ésta en manos del Estado con el propósito de que la administre, formándose así, por la suma de las libertades individuales, la libertad soberana del Estado, ha dado lugar, juntamente con el fenómeno ya analizado de la vigencia de las causas eficientes y del olvido de las causas finales, a la necesidad de producir legislación no inspirada en el objeto del Derecho que es la justicia, sino más bien motivada en la exigencia de normar la libertad colectiva.

Esta exigencia de normar la libertad colectiva presupone dos elementos importantes, a saber: a) el menoscabo de los derechos individuales, ya que son superiores los de la colectividad; b) la exaltación del orden como causa eficiente del derecho.

Hay que hacer notar que los elementos ut supra señalados se dan dentro del marco de la existencia de la democracia como gobierno del pueblo, el cual en virtud de la fuerza de su número legisla, por decirlo así, CUANTITATIVAMENTE, NO CUALITATIVAMENTE, entendido este último adjetivo como las normas producto de la recta razón, que tienen como telos la justicia...

De ese modo, la legislación cuantitativa se convierte en un ordenamiento jurídico democrático, legítimo por el sólo hecho de estar elaborado por la autoridad competente, independientemente del contenido de la norma, el cual

9 Cabanellas Guillermo, L. Alcalá Zamora. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo II. 14a. Edición. Editorial Heliasta, República Argentina, 1979. p. 546.
10 Ibídem. p. 547.

nada tiene que ver con la emisión de la misma.

Es natural que el aumento de los habitantes de este planeta haya incrementado la necesidad de la vigencia de la democracia representativa. Ese incremento, sin embargo, ha prostituido el concepto, comenzando por el abuso de los representantes del pueblo y terminando con el imperio de un Estado amparado en el positivismo legalista, que le permite asumir que no puede estar limitado por la ley, ya que él, EL ESTADO, es el creador de la ley, facultado para ello por la elección de que sus miembros fueron objeto.

Esa desviación de la democracia es producto de la necesidad sentida por el Organismo Legislativo de que no haya sobre su voluntad ninguna otra que se le imponga, como sucedió en Inglaterra en 1776, fecha en la cual el Parlamento británico reclamó para sí el ejercicio del poder soberano, sin más limitaciones que las que el mismo Parlamento pudiera autodeterminarse.

Los motivos de orden histórico que produjeron en Gran Bretaña el fenómeno aludido, no pueden exponerse aquí por estar fuera del objeto de este estudio. Sin embargo, sí deben considerarse los resultados, el principal de los cuales fue la ILIMITACION DEL PODER EN VIRTUD DE LA VIGENCIA DE LA SOBERANIA PARLAMENTARIA, como lo expresa Friedrich Von Hayek, en el tomo tercero de su Obra "Derecho, Legislación y Libertad", al afirmar que "Tal evolución hizo que Gran Bretaña no sólo aportara al mundo civilizado la valiosa institución del gobierno representativo, sino también el pernicioso principio de la soberanía parlamentaria, principio que no se limita a aseverar que la asamblea representativa debe ostentar el poder supremo, sino que arguye también que éste debe ser de carácter ilimitado, condición que, aunque a primera vista pueda parecerlo, no es consecuencia de la primera".[11].

Es natural que la prevalencia del concepto del poder soberano en la legislatura puede impulsar a la misma, y de hecho la impulsa, a emitir normas que tiendan a satisfacer sus propias necesidades e intereses, con la conciencia de que las mismas no podrán ser redargüidas, en virtud de que se elaboran en el ejercicio de un mandato popular. Esa arbitrariedad en el ejercicio del poder hace tambalear inclusive la propia existencia del Estado, puesto que se ha perdido un parámetro que le es superior y al que necesariamente debe ceñirse. Me refiero al parámetro de la justicia, al que Hayek alude en la obra citada, dándole un carácter subjetivo que no comparto, pero que no obstante respeto en cuanto al hecho de que la prevalencia de la justicia es el limitante por excelencia del poder. La cita del tratadista austriaco dice: "El poder puede, en efecto, quedar constreñido, no por una superior voluntad, sino por el consenso que entre las gentes se establezca acerca de lo que debe ser considerado justo, siendo ese consenso lo que en definitiva respalda no sólo cualquier tipo de poder sino incluso la propia coherencia del Estado".[12]

Conclusión

Cuando se habla de concepción clásica de las fuentes del Derecho, no se quiere decir con ello que la misma sea obsoleta. Se quiere expresar que sigue teniendo plena vigencia, aun cuando la avalancha de las diferentes corrientes del pensamiento haya pretendido sumirla en el olvido.

De esa cuenta cabe expresar que la recta razón como fuente del Derecho debe entenderse como la define el filósofo español Santiago Ramírez cuando expresa que ella es "la que de suyo pesa, mide y regula los movimientos del apetito, y toda regla es recta por su propia índole, dejando de ser tal en la medida en que carece de rectitud". O dicho de otra manera, la recta razón es la verdad, entendida ésta como la define Santo Tomás de Aquino cuando dice de ella que es la correcta adecuación del intelecto al objeto conocido.

No cabe duda que si la recta razón es la fuente del derecho por excelencia, ésta conducirá necesariamente a la justicia, que es a su vez el objeto del derecho, su razón de ser.

Por tanto, la elaboración de las normas por el Organismo Legislativo en el ejercicio de su potestad soberana otorgada por el pueblo en virtud del poder del voto y en la realización de un acto democrático, no legitima por ese sólo hecho el ordenamiento jurídico ni lo hace inmune al imperativo de la justicia, cuya ignorancia pone en juego su existencia misma como ya quedó apuntado.

En síntesis, la legitimidad democrática formal, caracterizada por el poder cuantitativo del voto y la soberanía parlamentaria debe tener como principio y límite en la elaboración de la ley, la recta razón, que necesariamente comprende a la verdad y a la justicia.

Ciudad de Guatemala, diecisiete de agosto de mil novecientos noventa.

11 Von Hayek, Friedrich. Derecho, Legislación y Libertad. Volumen 3. Editorial Universidad Francisco Marroquín. Guatemala, pp. 18 y 19.
12 Ibídem. p. 19.

PROCESO PENAL Y DESARROLLO INSTITUCIONAL: LA JUSTICIA PENAL A LAS PUERTAS DEL SIGLO XXI

Por Alberto M. Binder.[1]

I. Introducción

Este seminario fue organizado, según nos lo recuerda la misma convocatoria, bajo una invocación socrática. Luego de más de dos mil años de historia de nuestra civilización esa invocación sigue teniendo un profundo significado científico y ético. Según Eduard Zeller,[2] si Sócrates impresionó tanto a su generación y a las subsiguientes hasta nuestros días, fue por un amor a la verdad a toda prueba, la búsqueda de una precisión conceptual que hasta entonces era desconocida y por su preocupación primordial por los asuntos humanos.[3]

Por lo tanto, al presentar esta ponencia me corresponde un triple compromiso: por una parte, afirmar sólo aquello que considero verdadero; en segundo lugar, tratar de expresarlo con el mayor rigor que me sea posible y, por último, no olvidar que el objeto de toda esta reflexión es el hombre y su producto primario que es la cultura.

Normalmente se espera de una ponencia o de una conferencia de derecho procesal que aborde temas tales como la estructura del proceso, la importancia de la acusación y la defensa, las garantías procesales y cualquier otro tema clásico de la dogmática procesal. Esta vez, sin embargo, se me ha pedido —con acierto, a mi juicio— que proponga otro enfoque, mucho más básico, más elemental y, por lo tanto, mucho más importante. Se trata, en consecuencia, de plantear el tema de las relaciones entre la estructura del proceso penal y el proceso civilizatorio o, dicho de otra manera, la relación que existe entre la administración de justicia penal y ciertas condiciones básicas de la vida social que todos consideramos deseables, mucho más aún cuando nos hallamos ya a las puertas del siglo XXI.

Un enfoque de esta naturaleza debe prescindir, por cierto, de consideraciones particulares sobre el proceso y puede generar la impresión de que nos estamos ocupando de cuestiones que, en realidad, no pertenecen al ámbito propio del derecho procesal penal. Nada más alejado de la verdad. Y esto me permite realizar la primera afirmación que quiero introducir al debate: el proceso penal o la justicia penal (que es un fenómeno complejo)[4] es una de las instituciones básicas de la vida social y, por lo tanto, es imposible realizar un planteo profundo de su estructura, funciones y características si no se aclara, previamente, el

1 Profesor Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Nacional de Buenos Aires, Argentina. Secretario del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales (Bs. As., Argentina).

2 Ver Eduard Zeller: Sócrates y los sofistas, Ed. Nova, Buenos Aires, pp. 95 y ss. "Fundamentos de Filosofía Griega", Ed. Siglo XX, Buenos Aires, 1968, pp. 105 y ss.

3 Víctor Brochard: Estudios sobre Sócrates y Platón, Ed. Losada, Buenos Aires, 1945, pp. 13 y ss.

4 La justicia penal forma parte de lo que se denomina "sistema penal" o "sistema de justicia penal" (ver Instituto Interamericano de Derechos Humanos, "Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina", Primer Informe, Ed. Depalma, Buenos Aires, I. pp. 7), que comprende a todo el "control social positivo institucionalizado". Dentro de ese sistema total, la justicia penal o administración de justicia penal es un subsistema específico, en el que interactúan las normas de procedimiento junto con aquellas propias de la organización judicial. Por otra parte, las formas procesales y la organización judicial son elementos privilegiados de la política criminal. En realidad son dos caras de una misma moneda. Tradicionalmente se ha escindido indebidamente la relación entre las formas procesales (los actos procesales y los actos de procedimiento) de los sujetos destinados a aplicar la administración de justicia. En consecuencia, ciertos paradigmas, como el procedimiento oral o el procedimiento escrito, se presentan como algo independiente de la organización que debe aplicarlas. Sin embargo, la relación que existe entre una y otra área es mucho más estrecha que la que existe entre quien aplica y lo aplicado. Formas procesales y organización de la justicia constituyen una verdadera simbiosis, que permite elaborar una tipología distinta y más fructífera: sistemas dinámicos y reglamentaristas, sistemas dinámicos y poco formales, sistemas ritualistas, sistemas claros u obscuros, en fin, toda una gama de paradigmas que nos permiten describir el sistema judicial de un modo más rico y completo que los paradigmas tradicionales de acusatorio o inquisitivo, por ejemplo (ver Alberto Binder: Poder Comunitario y reforma judicial: la justicia criminal, Cuadernos del Cemei, No. 1, Buenos Aires, 1988).

"La propiedad y el derecho nacen y han de morir juntos".

Jeremy Bentham.

"Un gobierno que es tan poderoso que puede darle todo lo que usted desea, es igualmente poderoso para quitárselo todo".

Barry Goldwater.

lugar y el modo como ese proceso penal se inserta en la totalidad de la vida social.

Quienes diseñaron los principios estructurales de las repúblicas modernas así lo entendieron. Y la reflexión sobre la situación, la misión y la reforma de la justicia penal fue un tema importante del movimiento Iluminista o la Aufklärung, que produjo las grandes reformas de fines del siglo XVIII.[5]

Del mismo modo,la justicia penal fue un tema de reflexión de la generación ilustrada de la independencia americana y Guatemala tiene uno de los antecedentes más importantes en esta materia, ya que fue uno de los pocos países que tuvo la valentía y la lucidez de provocar, con la adopción de los Códigos Livingston, en época de Mariano Gálvez y a iniciativa de Barrundia, uno de los cambios que, seguramente, hubieran modificado la historia política de este país, con repercusiones en todo el continente.[6]

Pero, lamentablemente, el esfuerzo titánico de Gálvez fracasó por diversas circunstancias —ninguna de ellas vinculada directamente con el funcionamiento del nuevo sistema—[7] y ese fracaso no sólo significó un gran retroceso para Guatemala, que volvió a las ya arcaicas instituciones coloniales, sino que tuvo un efecto peor: **a partir de esa época el planteamiento del tema mismo de la justicia penal perdió perspectiva, quedó encerrado en los laberintos del procedimentalismo[8] (cuyos frutos son tantas reformas parciales o insustanciales)[9] y se perdió el rumbo elemental de plantear las profundas relaciones que existen entre la justicia penal y el proceso civilizatorio o lo que podríamos llamar, en términos modernos, el problema del desarrollo institucional.**

Debemos recuperar, pues, la perspectiva que sí tenía aquella generación esforzada: ellos tenían claro que el problema no era el de tal o cual plazo, el de los límites o requisitos de tal recurso, o las facultades del querellante, del actor civil, y, por supuesto, mucho menos que se tratase de problemas de papeleos, trámites, formalismos extremos, clasificaciones insustanciales y tantas otras discusiones a las que luego nos acostumbró una ciencia procesal cerrada sobre sí misma y escondida tras una exégesis mediocre.

Las generaciones fundantes de nuestras patrias latinoamericanas sabían que el problema era la ubicación

5 El Derecho Penal en general le debe mucho al movimiento de la ilustración, que le dio sustento ideológico y filosófico a las grandes revoluciones de fines del Siglo XVIII. Desde Voltaire hasta Feuerbach, pasando por Beccaria, el mismo Montesquieu, o los aportes de Kant y Hegel a la fundamentación de la pena, son una prueba de la importancia de este movimiento para configurar lo que luego se llamó el "Derecho Penal Liberal".

6 Con singular maestría y belleza ha sido analizado ese intento por David Vela en "Vida, pasión y muerte de los Códigos de Livingston", Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos, Epoca III, Tomo V, No. 6, 1943, pp 160-188, y en "Barrundia ante el espejo de su tiempo", Ed. Universitaria, Guatemala, cap. XI.

7 El fracaso de los Códigos Livingston se debió a un sinnúmero de factores políticos, el progresivo aislamiento del gobierno de Gálvez, a la crisis económica, a la epidemia de Cólera, en fin, al conjunto de fuerzas que terminaron con la Federación Centroamericana. (Ver Francis Polo Sifontes "Historia de Guatemala", pp. 188 y ss.; Ernesto Chinchilla Aguilar: "La vida moderna en Centroamérica", Ed. Tipografía Nacional, Guatemala, pp. 450 y ss.

8 Es justo aclarar, sin embargo, que la principal excepción a esa visión puramente procedimentalista la constituyen los trabajos de Alberto Herrarte, en especial su Derecho Procesal Penal.

9 Se debe tener en cuenta que si bien se ha modificado tres veces los Códigos de Procedimientos Penales (1877, 1898 y 1913) todos ellos conservan el mismo molde inquisitivo, por lo que no se ha producido, en ninguno de los casos, una verdadera transformación. (Ver Manuel Coronado Aguilar "Curso de Derecho Procesal Penal", Guatemala, 1943, pp. 28 y ss.)

"El estado mientras se ocupa de devorar los centros de iniciativa que son exteriores a él, hace cada vez peor su verdadero trabajo, gobierna cada vez peor".

Jean Francois Revel.

"La esencia de la sociedad libre consiste en que el individuo no es uno de los recursos que el gobierno administra".

Friedrich von Hayek.

de la justicia en el marco de los poderes estatales, el ejercicio de un poder tan intenso como lo es el poder penal del Estado y el establecimiento de mecanismos firmes que impidieran el ejercicio de un poder arbitrario. Si tuviéramos que decirlo en pocas palabras, diríamos que a los miembros de esas generaciones les era impensable una República sin una administración de justicia que estuviera ubicada en el centro de la distribución de poderes y tuviera una relación estrecha y cercana con la vida social.

Y si tenían esa claridad era por dos razones, íntimamente ligadas entre sí: por un lado, porque comprendían el papel especial que cumple la justicia en el marco de la distribución de poderes; por otra parte, porque comprendían el papel que tiene la justicia como una institución formadora y configuradora de la vida democrática.[10]

Hoy solemos hablar de la división de poderes constitucionales de un modo frío, como si se tratara de un simple esquema de distribución de funciones. En los albores del siglo XIX, sin embargo, todavía estaba fresco el recuerdo de los enormes sacrificios que le había costado a la humanidad consolidar esta simple "idea". Muchos de los mejores esfuerzos intelectuales y políticos de varios siglos y muchas vidas de grandes y pequeños ciudadanos se perdieron en esta lucha.[11] Hoy, a fines del siglo XX, en el contexto de nuestros pobres países, urge reconquistar la memoria de esos esfuerzos. Si no volvemos a comprender que la división de poderes no es una distribución funcional sino un modo cultural de entender y ejercer el poder, ligado directamente a la vida cotidiana de los ciudadanos, podremos seguir segregando constituciones cada vez más detallistas y supuestamente "garantizadoras", pero que no provocarán verdaderos cambios en las relaciones sociales de nuestros pueblos.

Recuperar el profundo sentido político-institucional de la división de poderes significa comprender que no hay democracia cuando existe una administración de justicia, y en especial una administración de justicia penal que se halla "acosada" y en situación de "colapso". Y lo grave es que, si tuviéramos que definir la situación de la justicia penal en Guatemala yo diría, precisamente, que se trata de una justicia penal en **colapso** y, para colmo de males, **acosada.**

II. El colapso de la justicia penal

Podemos decir que la justicia penal de Guatemala se halla en colapso porque no cumple cabalmente ninguna de sus funciones. Pero esto no es casualidad. Existe un paradigma de análisis según el cual todos o gran parte de los problemas institucionales de nuestros países latinoamericanos se explican en términos de "buenos o malos funcionarios", "corrupción", o "mejor o peor administración".

Por supuesto que todos esos fenómenos existen y son una lacra que nos urge superar; sin embargo, la utilización de estos modelos de análisis esconden los problemas estructurales que son los "verdaderos" problemas. Por ejemplo, hay quienes opinan que no interesa la estructura del proceso penal, porque con buenos jueces cualquier sistema

10 Para comprender estas profundas relaciones se debe tener en cuenta que: "La consolidación de la democracia implica necesariamente, por una parte, la fijación de ciertas políticas básicas; por la otra, el rescate del Derecho como instrumento privilegiado para la ejecución de tales políticas. La política criminal es una de las políticas básicas de toda sociedad, ya que su función central consiste en asegurar la vigencia del respeto a la dignidad humana, principio y fundamento del sistema político democrático y único espacio común posible para cualquier pacto democrático. Dicha política no sólo se explica a través de las normas penales, sino también por medio del propio funcionamiento del sistema judicial. Es por ello que la forma de ese sistema se convierte en un medio privilegiado para fijar una política criminal que esté de acuerdo con el sistema democrático y que contribuya, al mismo tiempo, a consolidarlo. Por otra parte, resulta indudable que el derecho no será un instrumento eficaz de las políticas sociales sino hasta que exista un sistema judicial capaz de asegurar su vigencia. En este sentido, la impunidad se revela como la contracara del Estado de Derecho, o su falsificación misma. Por eso, política criminal, reforma de la justicia y consolidación democrática confluyen en un punto esencial, fundamento y meta de la sociedad política que aspiramos a construir: la existencia de un sistema judicial que asegure el absoluto respeto a la dignidad humana". (Ver Alberto M. Binder, "Ideas para una discusión sobre la reforma de la Justicia Penal", Revista Plural, No. 12., Bs. As., Argentina, 1989).

11 Este trasfondo político y cultural es destacado con extrema claridad por Sebastián Soler en obras tales como "Ley, Historia y Libertad", Ed. Abeledo Perrot, Bs. As.; "La Interpretación de las Leyes", Ariel, España; y en el largo reportaje póstumo, publicado en un número especial de la revista "Somos", Buenos Aires, titulado "De qué República hablamos". Asimismo ese trasfondo se observa con claridad en Montesquieu (ver "Del espíritu de las leyes", Ed. Orbis, 1984, traducción Mercedes Bézques y Pedro de Vega, libro XI, cap. VI, p. 143).

judicial funciona bien.[12] Esta afirmación esconde lo que un profesor de filosofía antigua llamaba las "falsas verdades claras", es decir, afirmaciones que tienen estructuras de verdad, pero en el fondo trasmiten conocimientos erróneos.

Si tuviéramos jueces excelsos, claro que todo funcionaría bien. Mejor dicho: no necesitaríamos siquiera tener un proceso penal ya que su propia excelsitud alcanzaría para ordenar la controversia. Pero tal situación no existe en el orden social histórico. Precisamente el derecho y las instituciones sociales son instrumentos que han sido inventados por el hombre a consecuencia de su falta de excelsitud. El derecho ordena el conflicto y el conflicto es un componente inescindible del fenómeno asociativo mismo. Por lo tanto, la afirmación de que si tuviéramos jueces excelsos todo funcionaría bien es cierta, pero inútil, porque no se plantea en el terreno de la realidad social sino en el de la utopía que, como tal, es una expresión de valores que nos podrá servir como "marca de referencia".[13]

De este modo, lo cierto es que el sistema procesal influye decisivamente en el funcionamiento de la justicia penal, existan los mejores o los peores jueces; en realidad, el mejor criterio para diseñar un sistema procesal consiste en legislar de tal modo que el buen juez vea potenciadas sus bondades, y el mal juez quede evidenciado por el mismo sistema, que no le permite esconderse en los pliegues de la rutina.

El actual sistema de Guatemala cumple esta regla exactamente al revés: el buen juez se ve dificultado por las normas procesales, estorbado en su intento de administrar justicia y, en cambio, el mal juez puede esconderse en los formalismos, en la burocracia, en el cumplimiento formal de plazos y trámites, sin atender a la solución correcta del conflicto de fondo.

Por lo tanto, es el sistema mismo el que ha generado el colapso de la justicia. Y ese colapso, que hace que la administración de justicia ni resuelva los conflictos ni garantice los derechos humanos, es el producto directo del proceso escrito.

El escriturismo procesal es una rémora de la colonia, que a estas alturas del milenio ya no resiste ninguna defensa. La colonia española nos legó instituciones medievales porque en esa época su propia estructura institucional se hallaba atrasada. A casi doscientos años de la independencia seguimos utilizando la vieja justicia colonial-medieval ¿Quién puede defender sistemas que en la casi totalidad de los países del mundo forman parte de la historia del derecho?

Analicemos algunas de las consecuencias del sistema escrito. En primer lugar se produce una muy poco clara separación entre lo que es actividad judicial esencial y lo que es actividad de trámite o de escaso contenido jurisdiccional. Así, los jueces no sólo se deben ocupar de la solución de los casos, sino de autorizar certificados, copias, ordenar notificaciones, administrar al personal a su cargo. El juez, en el sistema escrito, se convierte en una especie de gerente de una oficina de administración de casos judiciales, algo —por cierto— muy alejado de la función y de la imagen de un juez republicano. De la mano de esta sobrecarga de tareas inútiles se halla la delegación de funciones. Cualquiera que conozca los tribunales sabe que gran parte de la actividad en las causas no es desarrollada por el juez sino por los distintos oficiales que conforman el "staff" del tribunal.[14]

Nuestras constituciones gastan palabras grandilocuentes en definir la independencia judicial. Los juristas y profesores universitarios gastan horas hablando de ella. Pero, ¿qué puede quedar de la independencia judicial si no son los jueces los que realizan las tareas judiciales? Aquí también se debe volver a la perspectiva correcta: la independencia judicial no es un privilegio de los jueces; antes bien, es una garantía de los ciudadanos, que ha costado muchos esfuerzos a la civilización occidental. ¿Y qué es lo que encuentra cualquier ciudadano que llega a un tribunal? Pues encuentra que el juez independiente que

12 Esta idea, claramente errónea, fue publicada recientemente en un artículo de prensa, titulado "El Juicio Oral", por el licenciado Fonseca y suele ser utilizado corrientemente como argumento de oposición a los cambios estructurales.

13 La utopía cumple una función importante en la vida social ya que normalmente desde ella criticamos el presente. La utopía al ser o contener un conjunto de valores se convierte en un elemento inescindible de la crítica política. Distinta es la expresión de deseos, como ocurre muchas veces con el discurso de los derechos humanos, que se torna inoperante totalmente

14 Para el análisis de las modalidades de delegación de fuciones ver Alberto Binder, "Independencia Judicial y delegación de funciones", en Doctrina Penal, Año 12, No. 46/47, 1989, Bs. As., Ed. Depalma, pg. 369.

debería preocuparse de su caso es sólo una figura lejana, encerrada en un despacho, muchas veces inaccesible y que lo real, lo verdaderamente real, es que otra persona que no es un juez y que en el mejor de los casos es un estudiante de derecho, se ocupa de su caso, de su caso único y vital.[15] Quizás para esa persona, esa experiencia sea su único contacto con la administración de justicia. Y lo cierto es que, si se atiene a su experiencia, la independencia judicial no le ha significado nada.

El sistema escrito genera también una distorsión básica de otra garantía elemental, una de las más elementales de todo el sistema de protección de los derechos humanos y que también ha costado siglos de esforzadas luchas: me refiero al **juicio previo**, a la elemental idea de que nadie puede ser condenado sin un juicio previo. De esto se deduce que el sumario tiene un carácter preparatorio y así, incluso, lo proclama el actual Código de Procedimientos.[16] Pero, ¿quién afirmaría que en Guatemala se cumple verdaderamente con esta exigencia, cuando la experiencia demuestra que toda o casi toda la prueba que se utiliza es la prueba reunida en el sumario y que, inclusive, es costumbre alegar en definitiva sin producir prueba en el plenario? Esto está indicando que, más allá de la letra de la ley, lo cierto es que a las personas no se les condena después de un juicio, en el que se produzca y valore la prueba, con inmediación del juez, sino que se les condena, prácticamente, después de un sumario; y un sumario, nos guste o no nos guste, no es un juicio.

Muchísimos ejemplos más podríamos poner de cómo el sistema escrito e inquisitivo aleja al juez de la realidad, genera un abismo entre la judicatura y la sociedad y, fundamentalmente, distorsiona todo el funcionamiento judicial.

En la estructura de la división de poderes no sólo existe una diferenciación funcional. Existe, también, una división en el modo de configuración de cada uno de esos poderes. El Poder u Organismo Ejecutivo es, fundamentalmente, un organismo burocrático (en el buen sentido de la palabra, no en un sentido peyorativo) ya que necesita montar una estructura de administración. El Poder u Organismo Legislativo tiene una configuración distinta, al servicio del carácter eminentemente deliberativo que tiene o debería tener. Tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo tienen como característica general el hecho de que deben ocuparse de la generalidad de los casos, de las políticas globales de la sociedad.

El Poder u Organismo Judicial, por el contrario, es el poder que, en el marco de la división de poderes, se debe ocupar de los casos individuales. Es el poder para el cual el reclamo de Juan, Pedro o María tiene significado y valor en sí mismo, sin importar las políticas globales o la pluralidad de situaciones.[17] Para ello, el Poder Judicial es un poder eminentemente personalizado, **donde cada Juez o Magistrado, respecto al caso individual, resume la totalidad del poder judicial.** El Poder Judicial debe ser, por definición, **un poder antiburocrático**. Pero ¿es esto lo que encontramos en la realidad de nuestros tribunales? Por cierto que no y esta dependencia del juez respecto de la estructura burocrática que lo rodea es también, junto con las interferencias políticas, uno de los casos más graves de afectación a la independencia judicial.

En síntesis, el sistema escrito produce una distorsión total de las funciones del juez y desnaturaliza la configuración propia de los tribunales, que en lugar de ser el ámbito propicio para el reclamo particular son oficinas burocráticas, lentas, alejadas de la realidad, maquinarias de tramitar expedientes que cada día se parecen menos a verdaderos casos judiciales.

Esta distorsión de las funciones de la justicia penal, producto de la arcaica estructuración de su proceso penal produce un efecto social más dañino aún: **la justicia penal acosada.**

III. La justicia acosada

¿Podemos culpar a nuestros ciudadanos de que tengan una mala opinión de la justicia penal? Creo que no. Lo que sí nos debe preocupar es la influencia de esa mala opinión en el contexto del desarrollo integral de las prácticas de la tolerancia, de la vida democrática y del desarrollo institucional.

Nuevamente debemos volver aquí a una consideración eminentemente sistemática. No se trata de que los jueces

15 Ver, Independencia Judicial y delegaciones de funciones, cit., p. 376.
16 Ver Código Procesal Penal, art. 305 "Constituyen el Sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio...".
17 Ver, A. Binder "Ideas para una discusión...", cit., p. 104, nota 7.

sean peores o mejores, aunque es evidente que esto siempre influye. La estructuración misma del sistema escrito de proceso penal es la que produce el efecto de que la justicia se halle bajo lo que podríamos denominar "un fuego cruzado". Este efecto lo produce la institución del Juez de Instrucción. Si bien la Constitución de 1985, recogiendo una fórmula ya tradicional, le reserva a la justicia la función de juzgar y ejecutar lo juzgado (CN, art. 203), lo cierto es que el actual Código Procesal Penal, siguiendo también una costumbre que proviene de la época de la inquisición, le encarga a los jueces la tarea de investigar los delitos.

De este modo, el juez debe ser el mejor de los investigadores y, al mismo tiempo, debe ser el mejor de los guardianes de las garantías procesales y los derechos humanos. No se debe deducir de aquí que toda investigación implica siempre una posible afectación a los derechos fundamentales de las personas, pero lo que la experiencia universal demuestra es que en la investigación criminal aumentan los riesgos de que esa afectación se produzca y no es casualidad que en la formulación internacional de los Derechos humanos existe un lugar privilegiado para las garantías procesales, en especial cuando se trata de un proceso penal.[18]

Resulta así que poner sobre la espalda de un ser humano la tremenda responsabilidad de investigar a fondo los delitos y satisfacer así las demandas de seguridad de la ciudadanía y, al mismo tiempo, obligarlo a que sea el guardián de sí mismo, procurando satisfacer las demandas de respeto a la persona que surgen del grado de conciencia propio de nuestra época y desarrollo cultural, no es sólo una tarea pesada sino que es de imposible cumplimiento. Por eso se ha dicho que, o el buen juez mata al inquisidor o el inquisidor se traga al buen juez.[19] Lo lamentable es que nuestra sociedad necesita tanto de buenos investigadores como de buenos jueces.

Esta contradicción en el diseño del sistema produce un efecto social muy grave: **el accionar de la justicia siempre producirá una cuota apreciable de insatisfacción social.** Por una parte, deja insatisfecha a una porción de la sociedad, que expresa esa insatisfacción con frases tales como "los delincuentes entran por una puerta y salen por la otra", sin analizar con cuidado que a la justicia siempre le corresponde evitar las detenciones ilegales o inútiles y preservar el principio de inocencia, que si deja de ser sostenido como un principio básico significa iniciar el camino hacia una sociedad en la que todos podemos ser sospechosos. Por la otra deja insatisfecho a otro sector de la sociedad que reclama un mayor control de las garantías procesales, sin analizar cuidadosamente que la justicia se halla sometida a la tensión de tener que resolver la investigación de cientos de casos al mismo tiempo, sin poder aumentar sus recursos.

Un sistema procesal que coloca a la justicia penal bajo un "fuego cruzado", que siempre genera insatisfacción social y, en consecuencia, disminuye el prestigio social de sus jueces, es un sistema que debe ser abandonado de inmediato, porque afecta al núcleo mismo de la función judicial, que consiste en generar formas pacíficas de solución de los conflictos. Una justicia penal desprestigiada es una justicia penal que genera violencia social.

Hemos visto, pues, que por razones de diseño del sistema procesal, la justicia penal se halla en una situación de colapso y, a su vez, se halla acosada por fuerzas sociales de distinto origen. Todo esto redunda en una falta de verdadera administración de justicia, privilegio que nuestras nacientes democracias no pueden permitirse. Veamos, ahora, cuáles son las condiciones estructurales, para que la justicia penal recupere el lugar que le corresponde. Es decir para que la justicia penal sea uno de los actores sociales reales, esto es, para que ella tenga un verdadero y cotidiano protagonismo social, cumpla su función pacificadora, se rescate el poder de los jueces y los ciudadanos recuperen la confianza en ellos.

IV. Una justicia penal republicana

Lo que urge a las puertas del siglo XXI es rescatar el poder y el protagonismo de los jueces. Y así como podemos hacerles un reproche a los políticos y a muchos gobernantes porque han tendido a convertir a la administración de justicia en la "Cenicienta" de los procesos de estabilización y profundización democrática, también

18 Así: Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, art. 11; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, arts. 9 y 14; Convención Americana de Derechos Humanos, de la Organización de Estados Americanos, art. 8.

19 Ver Proyecto de Código Procesal Penal, República Argentina, 1987, Exposición de Motivos, p. 660.

podemos hacerles un reproche a muchos jueces, que en toda Latinoamérica no han sabido luchar por obtener el lugar que le corresponde a la justicia o se han escondido tras la rutina de una justicia de formularios.[20]

Para ello debemos estructurar los sistemas procesales sobre dos bases fundamentales: una, **la inmediación**; la otra, **la publicidad de los juicios.**

La inmediación, entendida como la relación directa (sin mediaciones) del juez con las partes y con la producción de la prueba, así también como la relación de continuidad que debe existir entre la producción de la prueba y el dictado del fallo, cumple, además de todas esas funciones, otra de singular valor. Para ello debemos comprender que el proceso penal no es sólo un mecanismo de adquisición de la verdad (construcción del supuesto fáctico) al cual luego se le enlaza una solución jurídica. Al contrario, la justicia penal produce siempre una redefinición de los conflictos sociales. A la justicia penal llega el conflicto provocado por la muerte de una persona o una estafa, por ejemplo, con el dolor que ello genera. De la justicia penal, en el mejor de los casos, sale un nuevo conflicto, que es el de la persona que deberá pasar mucho tiempo de su vida en prisión y el dolor que ello genera. También puede salir otro conflicto, como, por ejemplo, el que surge de la suma de la anterior muerte más la impunidad del agresor o, en el peor de los casos, el conflicto de la condena de un inocente o el de una condena excesivamente rigurosa.[21] Se podrá discutir en cada caso la legitimidad de la solución dada a cada conflicto, pero eso es otro problema. Lo que debemos comprender es que de la justicia penal siempre sale un conflicto social que se "reinstala" en la sociedad, con una cuota distinta de violencia, aunque ella sea una forma de violencia legítima porque el agresor ha merecido el castigo.

Una consideración de este tipo nos muestra que la falta de inmediación no es sólo un problema de "mediatización de las relaciones de conocimiento", como suele ser considerada —mediatización que, por supuesto, también es nociva—. Se trata, antes bien, de una mediatización de la función pacificadora y ello demuestra que la desnaturalización de la inmediación que existe en los tribunales y que todos aceptamos pacíficamente es algo tan peligroso como jugar con fuego.

Una sociedad que se toma en serio la necesidad de paz y justicia social no puede entregar justamente la solución de los conflictos sociales más graves (porque eso son los conflictos penales) a oficiales y empleados administrativos, como si tratase de escribir a máquina una carta, redactar un reporte u ordenar un archivo.

Lo mismo sucede con la publicidad. El sistema escrito genera siempre juicios secretos, porque por más que existan normas que autorizan la publicidad de los actos del juicio escrito o de ciertas vistas, no podemos tener la pretensión seria de que los ciudadanos sientan entusiasmo por leer infinitas hojas —generalmente mal redactadas— o sientan entusiasmo por asistir a vistas públicas donde se leen memoriales ya escritos.[22]

La falta de publicidad, intrínseca al sistema procesal escrito, genera también un efecto social grave. Siempre se estudia que la pena cumple una función de prevención general, tanto en un sentido negativo, de intimidación, como sostenía Anselm v. Feurbach, como en un sentido positivo, consistente en señalarle a la sociedad cuáles son los valores efectivamente vigentes (lo que se ha llamado prevención general positiva).[23] La prevención general liga a la justicia con su función simbólica, con su misión de trasmitir mensajes sociales. Esta misión es esencial a la efectiva vigencia del derecho penal, ya que en el primer caso servirá de freno a muchos impulsos delictivos y, en el segundo caso, le indica al ciudadano qué valores debe acatar por consenso.

Pero esta función de prevención general del derecho penal es impensable por fuera de la publicidad de los juicios, ya que ella no se cumple por la edición de Códigos Penales, que los ciudadanos no leen, sino por las decisiones de los jueces basados en esos textos legales, que los ciudadanos sí pueden percibir si existe publicidad del juicio.

---

20 Ver Alberto Binder, "Informática y gestión judicial", conferencia organizada por el Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ilanud), Guatemala, abril de 1990.

21 Ver Alberto Binder: "El relato del hecho y la regularidad del proceso: el valor constructivo y destructivo en la prueba penal", Doctrina Penal. Ed. Depalma, Bs. As., 1990 – en prensa –.

22 Ver Alberto Binder: Lineamientos de Derecho Procesal Penal, Ed. Hammurabí, Bs. As. 1990, – en prensa –, cap. 6.

23 Sobre el significado e importancia de la "prevención general positiva" ver Santiago Mir vig, "Derecho Penal". Ed. PPU, Barcelona, España, 1988, cap. 3.

¿Qué mensaje recibe la sociedad sobre las decisiones de los jueces, si el procedimiento, de iure o de hecho, es secreto? Efectivamente ninguno, o lo que es peor, recibe mensajes distorsionados por otros intermediarios sociales.

La falta de publicidad hace, por una parte, que el ciudadano siempre desconfíe de la solución, aunque ella pueda ser justa, como ya sostenía hace mucho tiempo Ayrault.[24] Por otra parte, desconcierta al cuerpo social respecto de cuáles son los valores básicos (sólo de ellos se ocupa el derecho penal) que tienen efectiva vigencia y que, por lo tanto, deberá acatar cada individuo para diseñar su propio plan de vida. ¿Está efectivamente prohibido matar, estafar, violar, robar, defraudar, y tantas otras conductas previstas en Códigos Penales? Los ciudadanos sólo pueden saber esto viendo cómo actuan sus jueces y no podemos tener la alocada ilusión de que lean los Códigos Penales, que a veces ni los propios juristas logran entender.

Y, así, como la inmediación y la publicidad son condiciones elementales de la justicia republicana, nuestra civilización, hasta el momento, sólo inventó un mecanismo que asegura estos dos principios, con otros beneficios adicionales: **se trata del juicio oral**. La oralidad es, pues, el mejor instrumento al servicio de la inmediación, porque el juez no tiene forma de delegar esa función (salvo que se utilice la aberración jurídica de considerar que la inmediación se satisface con la presencia del juez en su despacho, mientras la audiencia se desarrolla en el escritorio del oficial, lo que no resiste el menor análisis) y es el único medio que permite que los juicios se puedan realizar efectivamente a "puertas abiertas" y los ciudadanos puedan percibir y comprender lo que ocurre.

Pero la oralidad, como instrumento al servicio de una justicia republicana, reclama otro principio que le es afín: el principio acusatorio, según el cual la acusación es un presupuesto formal del juicio mismo y la preparación de esa acusación no la realiza un juez sino aquel a quien efectivamente le corresponde: el ministerio público. Sólo así se garantiza que la preparación de la acción sea verdaderamente preparatoria y no falsamente preparatoria como es el sumario en los sistemas escritos y aún en algunos casos del proceso mixto o inquisitivo reformado.[25] Además se descarga al juez de la pesada e impropia tarea de investigar y, de ese modo, la sociedad tiene claro quiénes son sus abogados (los fiscales) —a quienes les podrán dirigir sus demandas de seguridad— y quiénes son sus jueces —a quienes deberán exigir la custodia de la constitución, la ley y los derechos de las personas—.

V. Conclusión

La estructuración de un sistema procesal influye directamente en la función de la justicia en la sociedad. A su vez, la función de la justicia en la sociedad influye directamente en la configuración de esa sociedad, especialmente en cuanto al respeto a los valores básicos que fundan la convivencia y al respeto a las reglas de la convivencia, entre las que se hallan la tolerancia, la legalidad y la solución institucionalizada de los conflictos.

Las nuevas democracias de Latinoamérica, por un buen tiempo irremediablemente pobres, no pueden diseñar un desarrollo económico y social, por fuera del desarrollo institucional. La experiencia de otros países demuestra que esas son tres caras de una misma figura y que no existen sociedades que se "preparan" para luego adoptar instituciones valiosas. Al contrario, es la propia dinámica entre la vida social y ciertas instituciones lo que ha hecho madurar a muchas sociedades. En el caso específico de la justicia, la interacción de la vida social y una justicia estructurada sobre bases republicanas es lo que ha hecho que otras sociedades adquieran estabilidad, incorporen la tolerancia y el respeto mutuo a sus creencias básicas, profundicen sus propias democracias, aumenten el respeto a los derechos humanos y tengan lo que Sebastián Soler llamaba "fe en el derecho", que es un "a priori" de la vida democrática.[26] Para lograrlo, se han preocupado por tener instituciones que les sirvieran de ejemplo y **que no fueran el reflejo de sus propios defectos**. Muchas de esas sociedades lo han logrado porque, en especial, se han preocupado por sostener jueces independientes, prestigiados, pero, por sobre todo, jueces que siempre han dictado ellos mismos sus fallos y siempre, siempre, de un modo público, transparente, no encerrados en sus despachos o escondidos tras un laberinto de papel.

24 Citado por Francisco Carrara, Programa de Derecho Criminal, # 789, nota 1.

25 También en aquellos sistemas que tienen Juicio Oral, pero mantienen la instrucción jurisdiccional, se produce una distorsión del juicio y un avance del Sumario escrito sobre la oralidad. Esto se produce permitiendo que muchas pruebas se incorporen al debate por su lectura.

26 Ver, Soler, Sebastián, Fe en el Derecho y otros ensayos, Ed. TEA, Bs. As., Argentina.

EL TRATAMIENTO PROCESAL DE LAS VÍCTIMAS Y PERJUDICADOS POR EL DELITO

Por Claudia E. Flores M.

La doctrina actual denomina Victimología al estudio de las personas que resultan víctimas o perjudicadas por un delito. Su campo abarca tanto materia substancial como procesal.

Desde que el mundo es mundo encontramos la existencia de damnificados, en sus personas o en sus bienes, como consecuencia de hechos y acciones que han realizado otras personas.

El derecho penal ha venido evolucionando; en el comienzo del orden jurídico teníamos a la **víctima** como la protagonista máxima sobre todo en la aplicación de las leyes taleónicas, luego se le delegó al Estado la facultad de administrar **justicia**. Señala el magistrado Gonzalo de la Concha que toda la atención y el protagonismo vinieron a recaer en el **delincuente**. Se han preocupado por la protección de sus derechos humanos, por otorgárseles las máximas garantías y todo aquello que haga su **penosa estadía** un poco más placentera. Quiero aclarar que no estoy en contra de dichas disposiciones ya que tengo un gran respeto por los derechos fundamentales de cada hombre haya delinquido o no, mas sí estoy en contra del gran olvido al que se ha condenado a esa persona que ha sufrido el daño, hablo de la **víctima**. En todas partes veo escrito, escucho, de los derechos de los delincuentes, de las infracciones que se cometen en contra de ellos, de la manera de hacer que recuperen la estabilidad emocional que han perdido. Repito que ello es muy loable, pero hoy quiero orientar esta inquietud, esta preocupación, hacia las **víctimas**.

Mientras mayores y mejores garantías se ofrezcan a los delincuentes, en igual medida y proporción deben concederse a sus víctimas. Hay que lograr con esto, como todo, el fiel balance que evite prevalencias y discriminaciones injustas.

Nuestro actual código Procesal Penal no hace ninguna alusión concreta al tratamiento especial que considero se le debe dar a la víctima o perjudicado por el delito, aunque sí trata de garantizar sus derechos fundamentales. El proyecto del nuevo Código Procesal Penal contempla ciertas estipulaciones importantes que me gustaría señalar.

Si bien su artículo 6to. lo dedica al Imputado aclara que es con el objeto de establecer el momento a partir del cual comienzan a operar las garantías y facultades propias del derecho de defensa, mas es innovador al señalar en el **artículo 7o. a quién se le considera VICTIMA**, ya que consideran que es condición previa y necesaria, para poder desarrollar una defensa eficaz y justa de sus derechos e intereses. Dándole oportunidad incluso a asociaciones o entidades.

Contempla el ingreso de la víctima como un intento de localización y solución judicial del conflicto, su tratamiento como **PROTAGONISTA PRINCIPAL** del procedimiento. El artículo 17 se ha establecido con el objeto de darle a la víctima mayor injerencia en el procedimiento. Todo el sistema Acusatorio Formal que se pretende introducir ha sido orientado para una mayor participación de la víctima, dándole un especial interés a sus derechos y facultades.

Soy de la opinión que la inclusión de un nuevo Código Procesal Penal ayudará bastante en mejorar la administración de justicia, mas no pretendo creer que con ello se solucione un problema tan complejo, pero sí servirá de base para una mejor organización y una mejor forma de administrar justicia.

Por último quisiera dar a conocer el artículo 7o. del proyecto del Código Procesal Penal. VICTIMA. Este código denomina víctima: 1) AL OFENDIDO QUE RESULTE AFECTADO DIRECTAMENTE POR EL DAÑO O EL PELIGRO QUE PROCURA EVITAR LA LEY PENAL..., que quede ello de reflexión.

"SOLEDAD... FATAL"

Por Rebeca Permuth

"No era mi primer caso en que trataba adolescentes con problemas, o más bien adolescentes problemáticos. Había tenido la experiencia en una Oficina Legal donde trabajé. Ahora en mi propio bufete atiendo asuntos diferentes. No sé si haya sido mi poca experiencia en estos asuntos o qué, la cuestión es que tenía un especial interés.

La primera vez que vi al muchacho fue en el Hospitalito del Reformatorio Juvenil. Estaba ya mi defendido en proceso de recuperación: las heridas casi cicatrizadas, los golpes no eran más que grandes moretes.

Se me había dicho que hablarles a estos jóvenes era pérdida de tiempo. Lo mejor era devolverlos a sus familias lo antes posible, esperando que siquiera por algún tiempo se mantuvieran fuera de problemas. Esto lo había tomado como norma, hasta que me encontré cara a cara con este muchacho.

No hubo palabras. Ambos inmóviles. Él, con la vista fija en el suelo; yo, la vista fija en sus ojos. Ojos, pensé, de alguien a quien la vida no ha dado todavía oportunidad de vivir. Cuánto tiempo transcurrió, no sé. Lo único que recuerdo es que luego de arreglar los papeles para su libertad, debía reunirme con sus padres.

La noche antes de la reunión, intranquila, no pude dormir. El calor me agobiaba. El constante voltear en la cama me cansaba. El amanecer no me sorprendió. Fue una señal de salir de esa cama húmeda por el constante sudar.

¿Qué ponerme? En otra oportunidad no hubiese sido problema. Ahora lo era. Algo muy simple les haría creer que no me importaba el resultado; la elegancia podría ser signo de arrogancia. Finalmente, la solución: falda de lona y camisa a cuadros.

Revisé la dirección. El autobús me llevó a un barrio pobre. Ya ahí, no conocía el camino. Nunca me había tocado andar por esos rumbos. En principio consideré ir acompañada, finalmente decidí que eso podría producir innecesarias susceptibilidades. Después de unos treinta minutos de caminar, preguntando, llegué a lo que fue una casa. Pared despintada con musgo creciendo en las esquinas. La puerta de madera, entreabierta, casi totalmente podrida. La ventana, mal ubicada; el vidrio astillado. Por supuesto, no había timbre. Iba a tocar cuando apareció una tierna carita, despeinada al ritmo del chiflón. La niñita se veía asustada. No entendía cuando le explicaba que debía dejarme pasar adelante, su mirada no cambiaba de expresión. Inmóvil, excepto por el movimiento de su pelo negro. De pronto una mano la tomó del hombro y mientras la jalaba, otra mano abría completamente la puerta, hasta que me encontré frente a una mujer de mediana edad, la cara demacrada, la figura esbelta.

—Por favor, pase adelante. Disculpe las molestias. ¿Le costó mucho hallar la casa?

En mi confusión no recuerdo si contesté. Sí recuerdo que con paso inseguro entré a una sala con dos sillones de tela amarilla con rosas rojas. Algo rasgados y muy empolvados. Había también una silla metálica y una mesita con la marca de dos vasos. Me cedieron uno de los sillones. Agradecí mentalmente mi elección del vestuario de lona. Momentos más tarde entró el padre.

Era un hombre barrigón, rudo, mal vestido, entrado en años, acompañado del inconfundible olor a licor barato y muy molesto.

Cuando apenas comenzábamos a conversar sobre su hijo, se oyó el somatar de una puerta, luego un silencio. A los pocos segundos apareció el adolescente. Tuve la oportunidad de observarlo bien: sus dieciséis años aparentaban más, su cuerpo parecía estarse encogiendo. Se podía ver perfectamente el contorno de los huesos de la cara, mientras su mandíbula salía con exceso.

En el ambiente se sentía un aire de tensión. Todo se mantuvo quieto hasta que la agresiva voz del padre dijo:

—¡Largate!

A mí me pareció que el muchacho debía estar presente y así lo expresé. Sentí circular el desagrado; sin embargo, el padre no hizo mayor comentario y sólo le ordenó que trajera algo en qué sentarse. Salió y volvió con la metálica gemela de la silla que ocupaba su madre. Todo fue tan repentino que me gobernó la incertidumbre, pero aun así propuse que al joven se le debiera ingresar dentro de un plan recientemente creado, en el que conviviría fuera de casa con jóvenes de su edad, en un ambiente recreativo. Habría también tratamiento psiquiátrico impartido por especialistas.

La madre, tímida y callada, prefería no hablar. Al padre el planteamiento le era indiferente. Yo me mostraba insistente pero ineficaz. Me sentía incómoda, extraña. Hablar sin comunicar me hacía sentir muda. Por fin, con la sensación del error, decidí retirarme. Volvería en algunos días por la respuesta.

Ya en casa, escuchando una melodía clásica, algo me preocupaba sin materializarse. Ordenando mis confusos pensamientos lo atribuía a mi fracaso.

Transcurridos los días necesarios para presentarme por la respuesta, sin parecer demasiado insistente, sabía en manos de quién estaba el futuro de aquel muchacho. Pero, si la respuesta fuese afirmativa, su futuro sería mi responsabilidad. No iba a permitir que la respuesta fuera negativa.

Esta vez fue más fácil encontrar la casa. Presentí algo raro, mi ánimo bajó. La puerta estaba abierta. La niña, ahora bien peinada, llevaba un moño de listón negro en el cabello. En una de sus manitas había una estampilla de un Cristo, algo arrugada. En la otra una cruz de metal. Sólo su mirada era igual: inmóvil.

Yo no podía creer lo que veía. No podía aceptar lo que presentía. La mirada de la niña, que al reconocerme cambió por un momento, me hizo sentirme inútil, cansada. Un poco más lejos, el carro negro y largo volteaba la esquina.

Mientras la noche caía sobre mis espaldas, sentí soledad. Sí, la misma soledad..., fatal, que el muchacho en algún momento sintió, ahora me acompañaba a mí...".

Guatemala de la Asunción, junio de 1991.

Universidad Francisco Marroquín
Facultad de Derecho
Revista
Apartado postal 632-A
01010 Guatemala, ciudad.
Centro América.

UFM-BIBLIO
081960